



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

GABRIEL ESTEVAM BOTELHO CARDOSO

**ANÁLISE DE RISCO JURÍDICO: QUAL O MELHOR QUE O DIREITO PODE
OFERECER AO QUANTIFICAR E DEMONSTRAR RISCOS?**

Brasília
2020

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**ANÁLISE DE RISCO JURÍDICO: QUAL O MELHOR QUE O DIREITO PODE
OFERECER AO QUANTIFICAR E DEMONSTRAR RISCOS?**

Autor: Gabriel Estevam Botelho Cardoso

Orientador: Prof. Dr. Henrique Araújo Costa

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel no Programa de
Graduação da Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília.

25 de março de 2020.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ESTEVAM, Gabriel. *Análise de Risco Jurídico: Qual o melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos?* 2020. 93f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

FICHA CATALOGRÁFICA

ESTEVAM, Gabriel, 1996 -

Análise de Risco Jurídico: Qual o melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos? / Gabriel Estevam Botelho Cardoso. – 2020.

93f.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

Orientação: Prof. Dr. Henrique Araújo Costa.

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL ESTEVAM BOTELHO CARDOSO

Análise de Risco Jurídico: Qual o melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos?

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovado em: 25 de março de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Henrique Araújo Costa
Orientador – Universidade de Brasília

Professor Doutor Ricardo Fernandes Paixão
Membro da Banca – Universidade de Brasília

Professora Mestre Taynara Tiemi Ono
Membro da Banca – Universidade de Brasília

Advogado Especialista Luís Gustavo Freitas da Silva
Membro da Banca – Universidade de Brasília

*Para a minha família.
Vocês são quem sou.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu avô e pai, Jovandir Botelho de Andrade, que ergueu uma família sobre o pilar da educação. O meu diploma é uma mera decorrência dos seus.

À minha avó e mãe, Francisca Estevam Botelho, e à minha mãe, Andréa Estevam Botelho, por todo esforço, carinho e cuidado. O orgulho de vocês é o meu maior presente.

À minha irmã, Bianca Estevam, que esteve ao meu lado em todos os caminhos que trilhei. Seu valor é inestimável.

Ao meu tio e pai, Alexandre Estevam Botelho, por ter respondido às minhas primeiras perguntas e me ensinado a importância de buscar boas respostas. Obrigado.

Ao meu tio, Jovandir Botelho de Andrade Júnior, por me ensinar que a resposta diferente é, por vezes, a melhor possível. Obrigado.

Aos meus irmãos mais novos, Vincenzo e Valentim.

Aos meus primos, Fernanda, Felipe, Bernardo e Laura.

Ao meu pai, Alexandre Araújo dos Santos Cardoso, e aos meus irmãos Juliane e Vinícius.

Aos amigos e amigas que encontrei no caminho até aqui, vocês são mais que verdadeiros. Contem comigo.

Aos amigos e amigas que encontrei na FD/UnB, vocês são excepcionais. Registro um agradecimento especial à Júlia Namie, Maria Clara Farias, Cristiana Brant, Fábio Mattos, Guilherme Lacerda, Matheus Vinícius, Pedro Bittencourt e Rafael Fernandes. Seguiremos juntos.

Aos professores da FD/UnB, em especial a Ricardo Fernandes Paixão e Henrique Araújo Costa, pelas oportunidades e pelos singulares ensinamentos.

Aos profissionais e amigos que encontrei no Torreão Braz Advogados, desde a minha entrada no escritório em 03/07/2017, obrigado por tudo.

À UnB, meu muito obrigado.

Gabriel Estevam Botelho Cardoso
Brasília, 25 de março de 2020.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo debater como o direito analisa riscos e defende o uso da estatística e da tecnologia como solução para que a análise de riscos jurídicos seja aperfeiçoada. Com o objetivo de subsidiar essa discussão, delimita o conceito de risco jurídico e adota a premissa Juseconômica, ou seja, trata a escolha de litigar como uma escolha racional, que resulta de estimativas das partes quanto aos potenciais custos e benefícios envolvidos nos litígios. Para guiar a análise pretendida, as contingências passivas oriundas de ações judiciais foram escolhidas como objeto. Elas são, sinteticamente, o reflexo contábil das ações judiciais em que as companhias brasileiras figuram como parte nas quais poderá ser exigido no futuro algum tipo de desembolso. Em razão dessa escolha, é também esclarecido o contexto normativo em que tais contingências se inserem. Em um primeiro momento, o trabalho se dedica a explicar como é realizada a análise de um risco jurídico. Identifica a existência de um alto grau de subjetividade na realização dessa tarefa e a carência de uma racionalidade específica e de métodos vocacionados à sua execução. Ilustra, ainda, as repercussões dessa análise na realidade. Em um segundo momento, o trabalho se debruça sobre a possibilidade de aperfeiçoamento da análise de riscos jurídicos, com o aumento de sua precisão. Ao buscar essa resposta na produção acadêmica de outros autores, encontra convergência no sentido de que a análise realizada a partir da opinião dos especialistas em direito é a melhor disponível, com sugestões de melhora que envolvem práticas de governança corporativa e, quando muito, a utilização de algumas técnicas e recursos de outras áreas do conhecimento. Por entender que as reflexões encontradas e soluções propostas são modestas ao ponto de estarem dissociadas dos recursos disponíveis na atualidade, o trabalho, numa análise própria, indica o uso conjunto da estatística, da tecnologia e do direito como o caminho para que as análises de risco no campo se tornem mais precisas. Esse raciocínio que toma por base noções de Jurimetria, estatística aplicada ao direito, e o potencial de ferramentas tecnológicas como inteligência artificial, mineração de dados, *big data*, *machine learning*, entre outros. Em outras palavras, defende uma análise de risco jurídico pautada em uma racionalidade clara, especificamente desenhada para essa tarefa, e em método, com a substituição da subjetividade dos indivíduos pela objetividade da estatística e dos sistemas. Em seguida, aborda o potencial impacto desse aperfeiçoamento na realidade, tanto pela perspectiva mercadológica, quanto pela perspectiva jurídica. Conclui pela necessidade de que a capacidade do direito de analisar riscos seja substancialmente melhorada, até para que se aproxime do melhor que esse campo do conhecimento pode oferecer e, tendo como base as percepções e ideias decorrentes da exposição realizada pelo trabalho, sugere caminhos que a pesquisa e até mesmo a prática jurídica podem tomar para que sejam efetivamente criadas ou encontradas melhores formas, melhores métodos e melhores ferramentas para a análise de riscos jurídicos. Tudo com base no diálogo com outras áreas do conhecimento, mas principalmente na combinação do direito com a estatística e com a tecnologia.

Palavras chave: risco jurídico, análise de risco jurídico, contingências passivas, CPC 25, tecnologia e direito, estatística e direito.

ABSTRACT

This paper discusses the capacity of law to quantify and demonstrate risks, that is, it explores the legal risk analysis and points out the use of statistics and technology as the solution to improve legal risk analysis. In this sense, the research delimits the concept of legal risk and adopts the Juseconomic premise that treats the choice of litigation as a rational choice, resulting from estimates by the parties and from the assessment of the potential costs and benefits involved in litigation. To guide the intended analysis, the contingent liabilities arising from lawsuits were chosen as the object. They are, in short, the accounting reflex of the legal actions in which Brazilian companies figure as a part and in which some type of disbursement may be required in the future. As a result of this choice, the normative context in which these contingencies are inserted is also clarified. At first, the work is dedicated to explaining how the analysis of a legal risk is carried out. It identifies the existence of a high degree of subjectivity in carrying out this task and the lack of a specific rationality and of methods aimed at its execution. It also illustrates the repercussions of this analysis in reality. In a second step, the paper focuses on the possibility of improving the analysis of legal risks, with the reduction of its margin of error and the consequent increase in its accuracy. In seeking this answer in the academic production of other authors, it finds convergence in the sense that the analysis carried out based on the opinion of legal experts is the best available, with suggestions for improvement that involve corporate governance practices and, at most, the use some techniques and resources from other areas of knowledge. By understanding that the reflections found and proposed solutions are, to some extent, mistaken and modest to the point of being dissociated from the resources currently available, in its own analysis this paper indicates the joint use of statistics, technology and law as the way for risk analysis in Law to become more accurate. This suggestion is based on notions of Jurimetry, statistics applied to law, and the potential of technological tools such as artificial intelligence, data mining, big data, machine learning, among others. In other words, it defends a legal risk analysis based on a clear rationality, specifically designed for this task, and in method, with the substitution of the subjectivity of individuals for the objectivity of statistics and systems. Then, it addresses the potential impact of this improvement in reality, both from a market perspective and from a legal perspective. It concludes that the ability of the Law to analyze risks needs to be substantially improved, so that it offers the best that this field of knowledge can offer while measuring risks. Based on the perceptions and ideas that were found, this work suggests paths that the research and even legal practice can take to get there, that is, effectively creating or finding better methods and better tools for analyzing legal risks. All this based on a dialogue with other areas of knowledge, but mainly in the combination of law with statistics and technology.

Keywords: legal risk, legal risk analysis, passive contingencies, IAS 37 (CPC 25), law and technology, law and statistics.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

BACEN – Banco Central do Brasil
CDB – Companhia Brasileira de Distribuição
CFC – Conselho Federal de Contabilidade
CMN – Conselho Monetário Nacional
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
COSO - *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*
CPC – Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105 de 2015)
CPC 15 - CPC 15 (R1) - Combinação de Negócios
CPC 25 - CPC 25 - Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes
CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CSN – Companhia Siderúrgica Nacional
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
EUA – Estados Unidos da América
IBRACON – Instituto de Auditores Independentes do Brasil
IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica
Lei das SA`s – Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404 de 1976)
Lei de Arbitragem – Lei n. 9.706 de 1996
MVP – Mínimo Produto Viável
NBA – *National Basketball League*
PJe – Processo Judicial Eletrônico
PMBOK - *Project Management Body of Knowledge*
REFIS - Acordo de refinanciamento de tributos federais
STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	2
FICHA CATALOGRÁFICA.....	2
FOLHA DE APROVAÇÃO	3
AGRADECIMENTOS	5
RESUMO.....	6
ABSTRACT	7
LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS.....	8
Prólogo	10
Introdução	12
1. Risco Jurídico.....	14
2. Contingências passivas oriundas de ações judiciais	17
2.1 Contingências	19
2.2 Contingências passivas e o CPC 25	23
3. Como é feita a análise de um risco jurídico?	29
3.1 Como o especialista opina?	31
3.2 Qual a repercussão prática da opinião do especialista?	38
4. É possível diminuir a margem de erro da análise de um risco jurídico?	48
4.1 Análise doutrinária	48
4.2 Qual o melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos?	59
5. Qual o impacto da diminuição da margem de erro da análise de risco jurídico?	69
6. Considerações finais	74
Epílogo	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85
ANEXO A.....	91
ANEXO B.....	92
ANEXO C.....	92

Prólogo

Robert S. Kaplan, professor da *Harvard Business School*, publicou um artigo em que colocou o seguinte questionamento (KAPLAN, 2011):

I looked at a recent risk disclosure in a company's 10-K:

In the event of changes in market conditions, such as interest or foreign exchange rates, equity, fixed income, commodity or real estate valuations, liquidity, availability of credit or volatility, our business could be adversely affected in many ways ... Further declines in real estate values in the U.S. and continuing credit and liquidity concerns could further reduce our level of mortgage loan originations and increase our mortgage inventory while adversely affecting its value. (emphasis added)

Does this sound like the risk exposure of a huge financial institution that would file for bankruptcy less than two months after this 10-K submission? Yet this was the “risk disclosure” in the 2008 second quarter filing of Lehman Brothers, a financial institution born in the South in the 1850s. Lehman survived the U.S. Civil War, World War I, the Great Depression of the 1930s, and World War II. It built its capital during the great post-World War II global expansion, and somehow failed after a 5 percent decline in U.S. real estate prices. **After 40+ years of academic research on capital markets and financial economics, is Lehman's 10-K disclosure the best we can offer to quantify and disclose a company's risk exposure? I hope not.**¹

(grifos adotados)

A citação contém algo de *mainstream*. Talvez pela referência ao Lehman Brothers ou pelo fato de ter a crise financeira de 2008 como pano de fundo. O foco aqui, entretanto, recai na pergunta ao final dela, que pode ser traduzida da seguinte forma: “*Após mais de 40 anos de pesquisa acadêmica sobre mercado de capitais e economia financeira, a divulgação das demonstrações financeiras do Lehman é o melhor que podemos oferecer ao quantificar e demonstrar a exposição ao risco de uma empresa?*”.

Naquela oportunidade, o autor falava em uma revista do campo da contabilidade e destinava sua questão aos estudiosos desse campo, do campo das finanças ou da economia. A questão, entretanto, pode ser adaptada e endereçada aos juristas brasileiros: após décadas de pesquisa acadêmica qual é o melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos?

O intuito desse trabalho é contribuir para que a pesquisa acadêmica em direito dê passos na direção do que seria esse melhor.

¹ A versão traduzida da citação consta do **Anexo A** desse trabalho.

A impressão inicial, entretanto, caso se queira manter o tema, pode ser sintetizada por uma frase do filme “The Big Short” que se passa no íterim da referida crise (A GRANDE ..., 2015)²:

*Truth is like poetry. And most people fucking hate poetry.
(Overheard at a Washington D.C. bar)*³

² O filme debate, de maneira bastante original e artística, o contexto que precedeu a Crise de 2008.

³ “A verdade é como a poesia. E a maioria das pessoas odeia poesia. ” (A GRANDE ..., 2015, Tradução do Autor)

Introdução

Qual o melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos? Essa é a questão que orienta o presente trabalho.

Para que ela seja respondida, é necessário debater as análises de risco realizadas pelos profissionais do direito. Em outras palavras, debater a análise de risco jurídico.

São pressupostos para o desenvolvimento desse debate o esclarecimento de conceitos e ideias relevantes para uma boa compreensão do assunto.

Por esse motivo, será apresentado inicialmente o próprio conceito de risco jurídico, noção fundamental para os fins aqui pretendidos.

Será apresentada, ainda, a premissa Juseconômica que dá base ao desenvolvimento do raciocínio exposto nesse trabalho.

Também será feita uma construção para que se compreenda o que são as contingências passivas oriundas de ações judiciais, objeto escolhido para guiar a análise realizada ao longo do texto.

Essa construção incluirá o esclarecimento do conceito de contingência, assim como das qualidades escolhidas para a unidade em análise: passiva e oriunda de ações judiciais. Será, ainda, abordado o arcabouço normativo em que se insere esse objeto, ou seja, as Leis e normas contábeis que orientam a análise de risco associada às contingências das empresas brasileiras, com destaque para o CPC 25.

Uma vez alinhado esse conhecimento, o debate quanto à análise de risco jurídico será propriamente iniciado. A questão inicial será desdobrada em outras três.

Num primeiro momento, o objetivo será esclarecer como a análise de risco jurídico é realizada, afinal é necessário conhecer aquilo que se pretende melhorar. Esse esclarecimento contará, inclusive, com a demonstração de repercussões práticas da realização dessa tarefa na realidade.

Então, a partir desse esclarecimento, será debatida a possibilidade de que a margem de erro dessa análise seja diminuída. Primeiro pela análise da obra de outros autores e depois pela apresentação de uma visão própria sobre o tema.

Em seguida, serão apresentados os potenciais efeitos da diminuição dessa margem erro.

Em síntese, o trabalho pretende demonstrar e discutir a capacidade do direito de analisar riscos. Para tanto, esclarece os conceitos que possibilitam o entendimento do tema e, em seguida, discute:

- i. como a análise de risco jurídico é feita;
- ii. se a sua precisão pode ser aumentada; e
- iii. qual seria o efeito desse aumento de precisão.

Por fim, a partir das respostas encontradas, será respondida a questão inicial, com uma sugestão sobre qual seria o melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos, que pode ser resumida pela utilização de estatística e tecnologia em conjunto com o direito para que a precisão da análise de risco jurídico seja incrementada.

1. Risco Jurídico

Riscos e incertezas são inerentes a todo e qualquer campo do conhecimento, bem como ao exercício de qualquer atividade profissional. Tais palavras, comumente tidas como sinônimos, divergem de sentido em determinados contextos.

Aqui, o direito é o campo do conhecimento a ser explorado e o objeto em análise se relaciona intrinsecamente com o exercício das profissões jurídicas.

Perez (2006) classifica os riscos jurídicos, sinteticamente, como aqueles inerentes ao sistema jurídico propriamente dito. Uma classificação deveras intuitiva, que merece aprofundamento.

Bifano (2015) refugia-se na etimologia da palavra e na Lei para encontrar um conceito de risco e considera:

A palavra risco, em sua origem, está associada a perigo ou à possibilidade de ocorrência de um mal, uma perda ou um dano. O Código Civil brasileiro cuida do risco em diversas situações, inclusive ao regular o contrato de seguro cuja principal finalidade é proteger o segurado de possível evento futuro que possa causar danos ao seu patrimônio. Em resumo, todas as situações de risco tratadas pela lei envolvem possibilidades de perdas patrimoniais e de conturbações no ambiente econômico, social, empresarial e outros.

O risco é sempre previsível, possível e calculável, caso contrário ele se torna imponderável, entrando na categoria do infortúnio, do desastre, do caso fortuito ou força maior, insuscetíveis de previsão.

Ribeiro (2016), em sua tese de mestrado, expande o conceito trazido pela Autora para incluir os eventos com consequências **positivas** e definir riscos e incertezas da seguinte forma:

O primeiro ponto a ser observado é que muito embora costumemos tratar riscos e incertezas como uma expressão que designe algo desconhecido, essas duas expressões não são sinônimas. As incertezas possuem um grau de abstração maior e podem ser compreendidas como o conjunto em que estão inseridos os riscos. São, assim, estados de dúvidas decorrentes do desconhecimento ou da ignorância. Já os riscos são mais palpáveis, uma vez que são eventos que possuem causas e consequências, que podem ser positivas ou negativas, embora usualmente se utilize a palavra “risco” para designar eventos com impactos negativos e “oportunidades” para indicar eventos com impactos positivos. **Não é possível, entretanto, determinar com exatidão se esses eventos ocorrerão ou não, tampouco o seu efetivo impacto, de modo que se pode compreender a incerteza como um atributo dos riscos, daí porque normalmente se usa a expressão “riscos e incertezas”, porquanto onde houver risco há necessariamente uma incerteza.**

(grifos adotados)

Pinheiro e Saddi (2005), em obra que promove um interessante diálogo entre os campos do direito e da Economia, também apresentam um conceito de risco e tratam de sua diferença para com o conceito de incerteza:

Risco é, portanto, em igualdade de condições e com o cumprimento de regras determinadas, **a possibilidade de perda concomitante à de ganho.**

(...)

Há uma diferença fundamental entre *risco* e *incerteza*. Ambos são parte do jogo e denotam o caráter aleatório da vida, e, em especial, da economia. Mas incerteza significa apenas que não se têm garantias sobre o que vai ocorrer, enquanto **o risco é uma incerteza estatisticamente mensurável**. A noção de risco embute, portanto, **uma ideia acerca dos estados da natureza que poderão ocorrer no futuro e alguma avaliação, que pode ser mais ou menos robusta, a respeito da probabilidade de que cada um deles venha a se materializar.**

(grifos adotados)

Ribeiro (2008) vale-se dos estudos de Pinheiro e Saddi e de outros estudiosos e afirma: “*O risco seria a incerteza mensurável e passível, portanto, de ter o seu preço calculado.*”.

O risco é, dessa forma, uma incerteza palpável e, mais importante, **mensurável**, razão pela qual o seu preço pode ser calculado. É também um evento que possui causas e consequências, positivas ou negativas, passíveis de serem identificadas. Entretanto, por definição, é impossível determinar com exatidão se esse evento ocorrerá e qual será o seu efetivo impacto.

A partir dessas reflexões, depreende-se que um risco jurídico é um evento inerente ao sistema jurídico propriamente dito a respeito do qual remanescem duas incertezas principais:

- i. quanto à sua efetiva ocorrência; e
- ii. quanto a extensão de seu impacto.

Depreende-se também que tais incertezas não impedem que o risco jurídico seja mensurado e, via de consequência, possa ter o seu preço calculado.

Com vistas a tornar a definição de risco jurídico mais tangível, vale a remissão à uma ação judicial como exemplo.

Considerando a perspectiva juseconômica, que toma como premissa a escolha de litigar enquanto uma escolha racional, Gico Júnior e Arake (2019) colocam o seguinte:

Uma ação judicial, para a parte litigante, seja ela autora ou ré, é uma decisão racional na qual são ponderados os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito. Com ou sem a participação de advogados (como nos juizados especiais ou nas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho), ainda que intuitivamente, as partes tentam **estimar** a probabilidade de sucesso, bem como os custos associados à realização de um acordo ou de continuar litigando. Ambas as partes sabem que incorrem em uma **margem de erro** nessa estimativa.
(grifos aditados)

Como fica claro no excerto, uma ação judicial que decorra de uma escolha racional pressupõe uma **estimativa da probabilidade de sucesso**, ainda que intuitiva, que leva em conta os custos a ela associados. Essa estimativa pode ser entendida como a análise de um risco jurídico.

Explica-se: a parte ao propor uma ação judicial ou ao escolher continuar nela quando acionada estima a probabilidade de que ocorra um evento juridicamente relevante, cujo impacto seja positivo para ela.

Essa estimativa é, ainda que indiretamente, uma avaliação do preço daquela ação considerado o potencial benefício.

Para além do caráter elucidativo, o exemplo emprestado de Gico Júnior e Arake carrega consigo outra informação relevante: a existência de uma **margem de erro**.

Essa margem de erro é um reflexo intrínseco às incertezas e impacta a análise do risco jurídico e o cálculo do seu preço.

É nesse ponto que reside a preocupação que dá razão ao presente trabalho.

O Direito, portanto, carrega consigo riscos e a análise desses riscos, ditos jurídicos, é pressuposto para o seu exercício. Existem incertezas inerentes à essa análise e, conseqüentemente, uma **margem de erro** nessa avaliação, o que repercute no cálculo do preço desse risco.

Esse cenário suscita as questões que interessam ao presente estudo, são elas:

- i. como é feita a análise de um risco jurídico?
- ii. é possível diminuir sua margem de erro?
- iii. se sim, qual o impacto dessa diminuição?

É a partir desses questionamentos e dos conceitos já apresentados que esse trabalho terá sequência.

2. Contingências passivas oriundas de ações judiciais

Como exemplificado, toda ação judicial pressupõe uma estimativa que é, em alguma medida, uma análise de risco jurídico. Ocorre que no final de 2018 eram mais de 78 milhões de ações em trâmite no Brasil (CNJ, 2019a), o que impõe a necessidade de que seja escolhido um objeto para guiar a análise a ser procedida.

Seria, por certo, descabida a crítica à avaliação de risco intuitiva procedida por aquele indivíduo que se dirige a um juizado especial cível ou à Justiça do Trabalho sem uma assessoria qualificada. Dito isso, porque não voltar o olhar para o extremo oposto?

É razoável afirmar que as maiores empresas brasileiras possuem os melhores mecanismos para avaliação de riscos no país. Via de consequência, a análise de risco jurídico realizada por essas companhias pode ser considerada a melhor disponível em território brasileiro.

Até porque essas empresas têm ao seu dispor vultosos recursos financeiros, tecnológicos e humanos, que incluem contadores e advogados do mais alto nível. Além de serem especialmente interessadas no cálculo do preço dos riscos jurídicos a que estão submetidas.

Cabe a ressalva de que, em que pese à adoção da premissa juseconômica de que o litígio é uma escolha racional, o objetivo aqui não é reduzir a importância da análise de risco jurídico a uma questão financeira.

Todavia, mesmo aqueles que defendem que o exercício do direito desborda questões meramente financeiras, admitem o papel de relevo que ganhos e custos dessa natureza exercem na área (GICO JUNIOR e ARAKE, 2014):

Da forma como empregada aqui, essa abordagem segue a tradição dos trabalhos de Landes (1971), Gould (1973), Posner (1973) e Landes & Posner (1976), mas a lógica é há muito conhecida pelos juristas, como demonstra a obra de Ihering (2002 [1872]), na qual ele debate se um indivíduo lesado em seu direito ponderará se deve resistir ou ceder ao seu adversário. Aliás, mesmo quando Ihering afirma que a luta pelo direito envolve não apenas um cálculo de custos e benefícios, mas também “um motivo ideal, a defesa da pessoa e do seu sentimento pelo direito” (2002 [1872], pp. 32-33), **ele apenas reconhece que um agente leva em consideração mais do que meramente ganhos e custos financeiros.**
(grifos adotados)

Além do mais, as eventuais críticas e sugestões de aperfeiçoamento aplicáveis à análise realizada pelas companhias são, muito provavelmente, extensíveis às demais avaliações de risco praticadas no país.

Filho e Gonzales (2016), ao tratarem justamente da análise de risco jurídico, destacam que no âmbito das instituições financeiras:

O respeito às legislações enseja observar plenamente as regras de transparência quanto ao real reflexo dos ativos e passivos dos bancos em seus balanços financeiros.

A demonstração contábil das instituições financeiras deve espelhar fidedignamente a situação da empresa, possibilitando uma clara análise pelos investidores em relação ao potencial de lucro, de risco e de sustentabilidade dos negócios.

Dentre as informações que devem constar nas demonstrações contábeis **estão as pertinentes aos riscos de perdas em relação a demandas judiciais em trâmite**. Essas informações precisam estar devidamente declaradas nos balanços da empresa.

(grifos adotados)

Os autores apontam que a análise de risco jurídico está inserida na Governança dessas instituições, que ela é um pressuposto para o respeito às legislações vigentes e que as informações dela decorrentes devem estar claras nos balanços das empresas.

A situação se repete em empresas de outros setores, como indica Costa (2013):

As **contingências** podem assumir tipos diferentes de acordo com o contexto empresarial que as companhias estão inseridas. Por isso, cada setor pode lidar com diferentes tipos de **riscos** e resultar em diferentes tipos de contingências. Um setor que lida com produtos ao consumidor pode tender a apresentar muitos processos cíveis, relacionados ao direito do consumidor, que sejam complicados de controlar.

Uma empresa mineradora pode apresentar mais contingências ambientais que outras empresas, geradas pelo potencial poluidor de suas operações. É importante destacar que **as contingências devem refletir parte dos riscos inerentes ao negócio** e, portanto, setores diferentes poderiam gerar tipos de contingências diferentes, devido à natureza de suas operações.

(grifos adotados)

O excerto, além de evidenciar a existência de riscos jurídicos em companhias dos mais variados tipos, introduz um conceito relevante: **contingência**.

Bifano (2015) esclarece, após apresentar seu conceito de risco, que o “**risco, registrado/divulgado contabilmente, ou não, é denominado contingência.**”.

Albuquerque e Faria (2009) tocam esse conceito ao debater sua inserção nas demonstrações contábeis:

Contingência pode ser definida como uma situação ou um conjunto de situações que envolvam alguma incerteza. Está relacionada a algo que pode ou não vir a acontecer, essa incerteza pode gerar um ganho ou uma perda, ou seja, pode gerar possíveis receitas ou despesas, além de ativos ou de exigibilidade para a empresa.

Para Iudícibus, Martins e Gelbcke (2007), uma contingência consiste em uma situação de risco já existente e que envolve um grau de incerteza quanto à efetiva ocorrência, e que, em função de um evento futuro, poderá resultar em ganho ou perda para a empresa.

Como se vê, a definição de contingência se confunde com a noção de risco jurídico já estabelecida neste trabalho. Exatamente porque o risco jurídico, desde uma perspectiva contábil, é abarcado pelo conceito de contingência.

Também por isso, a análise dos riscos jurídicos realizada pelas companhias brasileiras está refletida nas contingências presentes em seus balanços.

Reside aí, portanto, o objeto escolhido para guiar a análise pretendida pelo presente trabalho. A análise de risco jurídico será discutida com base nas **contingências** das companhias brasileiras.

2.1 Contingências

Nos parágrafos anteriores foi dado o primeiro passo para restringir o objeto em análise. Definiu-se que a análise de risco jurídico será debatida com fundamento nas **contingências** das companhias brasileiras.

Impõe-se agora esclarecer o que são contingências e especificar o que será abordado dentro delas, restringindo esse objeto.

Ao tratar do assunto, Bifano (2015) aponta a complexidade inerente à tarefa de determinar uma contingência:

Certamente, a determinação numérica de uma contingência e a decisão de divulgá-la é um dos mais complexos exercícios que o administrador de uma entidade necessita fazer. Para tanto, vale-se do concurso de outros profissionais, que o ajudam a determinar os conceitos aplicáveis à situação concreta e, dessa forma, apurar os números que devem ser contabilizados, sob pena de as demonstrações financeiras não estarem adequadas.

Os profissionais mencionados pela Autora são os contadores e os juristas, justamente aqueles cujos estudos servirão de referência para a delimitação do objeto ora pretendida.

Von Knoblauch (2010, tradução da autora), num estudo do campo da contabilidade, elenca alguns conceitos de contingência que contribuem para os fins aqui pretendidos:

Para o IBRACON (1998) as contingências restringem-se a situações que existem na data do balanço em que os efeitos financeiros serão determinados por eventos futuros que podem ocorrer ou não, ou seja, a contingência é

criada a partir do evento ocorrido no passado, e, o evento a ocorrer no futuro irá solucionar a imprecisão.

Assim, as Informações Objetivas (IOB), em seu boletim nº 27 (1991) qualifica as contingências como possíveis situações futuras em que, ocorrendo algo, ou deixando de ocorrer, dar-se-á origem a certos ganhos ou perdas, possibilidades de receitas ou despesas e surgimento de ativos ou exigibilidades.

Conforme a norma norte-americana SFAS nº 5, uma contingência é caracterizada como

uma condição existente, situação, ou conjunto de circunstâncias que envolvem a incerteza quanto ao possível ganho ou perda para uma empresa que será finalmente resolvido, quando um ou mais eventos futuros ocorrer ou não ocorrer. A resolução da incerteza pode confirmar a aquisição de um ativo ou a redução de um passivo ou a perda de um ativo ou a constituição de um passivo.

Ainda numa perspectiva contábil Albuquerque e Faria (2009) ensinam que:

Uma contingência deve ser avaliada com base nos seguintes fundamentos principais:

- Fundamentos Econômicos: estão relacionados com a mensuração econômica do risco e só deverão ser considerados quando relevantes, tal mensuração pode ser real ou estimada de forma a auxiliar na análise do fundamento contábil. Quando não existir fato econômico, a análise dos demais fundamentos para avaliação das contingências são prejudicados. Nos casos de elementos insuficientes ou contraditórios para mensuração do montante da contingência, deve-se restringir a sua natureza, caso haja fundamento jurídico.

- Fundamentos Jurídicos: estão relacionados à mensuração dos riscos embasados em decisões judiciais, disposições legais e contratuais e outros fatos que permitam a correta avaliação da situação. Se o fundamento econômico indicar a imaterialidade da contingência, não haverá motivo para a avaliação dos fundamentos jurídicos.

- Fundamentos Contábeis: estão relacionados com os princípios fundamentais de contabilidade, principalmente o Princípio da Prudência, que norteia a existência das contingências passivas.
(grifos adotados)

Como o foco do presente trabalho é a análise de risco jurídico, o debate estará adstrito à situação em que os **fundamentos jurídicos** das contingências das companhias sobressaem.

A obra de Costa (2013) auxilia na identificação dessa situação:

Um risco que também envolve as operações empresariais refere-se aos eventos que estão fora do controle da empresa. **Processos movidos por concorrentes ou consumidores, garantias dadas que podem vir a ser reclamadas ou não, e reembolsos por possíveis danos ambientais causados pela operação da empresa são alguns desses riscos.**

Uma difícil tarefa para a contabilidade nesse aspecto é a mensuração desse risco e até mesmo a mensuração dos valores que podem vir a ser desembolsados, que muitas vezes não são facilmente estimáveis. Tais riscos derivam de situações e condições que não dependem da empresa para ocorrerem (ou não ocorrerem).

A estes riscos dá-se o nome de contingências e provisões.

(...)

Uma contingência passiva existe quando é possível que a companhia irá reduzir um ativo ou desembolsar caixa para liquidar alguma obrigação que venha a existir. Essa possibilidade está ligada a um evento que ainda não ocorreu e que a companhia não tem controle sobre, tornando a mensuração do valor que será desembolsado e a data de seu vencimento incertas.

Como exemplos de contingências passivas pode-se citar **processos litigiosos** (movidos por consumidores, ex-empregados, agências antitruste e etc.), contingências ambientais, garantias financeiras, contingências tributárias, entre outras. As contingências, de forma geral, abrangem estes e outros eventos que não dependem da companhia para ocorrerem e que de alguma forma não se sabe ao certo se haverá realmente um desembolso financeiro. (grifos adotados)

Os excertos listam uma série de situações alheias ao controle da empresa.

O importante é notar que, seja pela ação de um concorrente, de um consumidor, de um empregado ou, ainda, em razão de danos causados por sua operação, a empresa pode vir a ser **acionada judicialmente e condenada ao pagamento de valores** em favor desses atores.

O foco aqui será justamente essa situação.

Repita-se: quando uma empresa é acionada judicialmente e pode vir a ser condenada ao pagamento de valores em decorrência disso⁴. Em outras palavras, **a contingência passiva oriunda de ações judiciais**.⁵

Albuquerque e Faria (2009), novamente, auxiliam na compreensão desse objeto ao definirem contingência passiva como:

⁴ Ribeiro (2016) vale-se de um raciocínio semelhante ao definir o risco jurídico em si, considerada a aplicação do CPC 25: Em termos gerais, para efeitos de aplicação do CPC 25, pode-se definir risco jurídico como a perda de uma ação que imponha uma saída de recursos e, logo, o reconhecimento contábil da obrigação como um passivo, de modo que a sua avaliação se resumiria, como apontado no segundo capítulo, a responder a seguinte pergunta: “Qual a probabilidade de ganho ou perda de uma ação?”.

⁵ Existem diversos outros tipos de contingências passivas. Um bom exemplo, intrinsecamente relacionado com o fundamento econômico da avaliação é o da garantia de produtos, como elucida Costa (2013):

(...) Por exemplo, a garantia de produtos, que comumente é provisionada pelas companhias, é uma obrigação presente que resulta de um evento passado, nesse caso a venda do produto. A garantia de produtos não é provisionada até que exista sua venda (evento passado), independentemente das projeções de venda que as companhias façam. A obrigação presente se dá pelo fato de que a qualquer momento o cliente pode requerer a garantia, mas não é possível saber de imediato qual deve ser esse valor. Por meio de históricos passados, a quantidade de clientes que já requereram a garantia e os valores que envolveram o atendimento a essas garantias, as companhias conseguem alcançar uma estimativa confiável para que se provisione um valor no momento da venda de cada produto.

A **contingência passiva** é um desembolso cuja existência será confirmada pela ocorrência de acontecimentos futuros.

As empresas devem estar atentas às contingências, principalmente quando forem contingências passivas, pois estas terão efeito de desembolso de recurso financeiro.

Portanto, nesse trabalho estar-se-á tratando da análise de risco jurídico relacionada a um potencial desembolso de recursos financeiros por uma empresa após ser acionada na Justiça, ou seja, do dimensionamento da contingência passiva das companhias.

Saliente-se:

- i. **contingência**, pela indeterminação;
- ii. **passiva**, por gerar uma expectativa de desembolso; e
- iii. **oriunda de ações judiciais**, porque sobressaem os fundamentos jurídicos na avaliação.

A escolha desse objeto específico se justifica por duas razões principais. A primeira é o fato de que há na formação de contingências dessa natureza uma manifestação bastante evidente da análise de risco jurídico realizada.

Isso porque, na hipótese em questão, o processo já estará à disposição da empresa acionada, isto é: um pedido, duas ou mais partes, um juízo competente, advogados constituídos e, ao menos, uma petição inicial. Tais fatores, em conjunto com diversos outros, serão objeto da análise de risco jurídico que culminará na contingência passiva.

A segunda é o notável reflexo dessa análise e de sua margem de erro, na realidade. A empresa deverá de imediato manifestar as consequências desse risco jurídico em seus balanços e, em alguns casos, destinar recursos para compensá-las. Tais medidas, influenciam as decisões de administradores, investidores e parceiros, ou seja, na própria dinâmica do mercado, nas ações tomadas pelos *stakeholders*.⁶

Uma vez delimitado o objeto em análise, qual seja **a contingência passiva decorrente de ações judiciais**, é importante esclarecer o contexto em que se insere esse conceito.

⁶ A penúltima edição do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa define *stakeholders* como: “*Partes interessadas são indivíduos ou entidades que assumem algum tipo de risco, direto ou indireto, relacionado à atividade da organização. São elas, além dos sócios, os empregados, clientes, fornecedores, credores, governo, comunidades do entorno das unidades operacionais, entre outras.*” (IBGC, 2009).

2.2 Contingências passivas e o CPC 25

A Lei 11.638/07 deu início ao processo de adequação das demonstrações financeiras das empresas brasileiras ao padrão internacional ao alterar diversos dispositivos da Lei 6.404/76, Lei das SA's.

Teve papel central nesse movimento a aprovação da norma contábil CPC 25, divulgada em 16/09/2009.

O pronunciamento técnico em questão nada mais é que uma versão brasileira da norma internacional que trata do tema, editada pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e aprovada por esse conselho e por outras importantes instituições nacionais, como o Banco Central do Brasil (BACEN) por meio do Conselho Monetário Nacional (CMN), e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A deliberação CVM n. 594 de 15 de setembro de 2009 trata justamente da aprovação dessa norma, por exemplo.

O CPC 25 expõe de forma bastante clara seu objetivo:

O objetivo deste Pronunciamento Técnico é estabelecer que sejam aplicados critérios de reconhecimento e bases de mensuração apropriados a provisões e a passivos e ativos contingentes e que seja divulgada informação suficiente nas notas explicativas para permitir que os usuários entendam a sua natureza, oportunidade e valor.

No que interessa, a norma determina a aplicação de *“critérios de reconhecimento e bases de mensuração apropriados (...) a passivos (...) contingentes (...) para permitir que os usuários entendam a sua natureza, oportunidade e valor”*.

As companhias brasileiras, portanto, por força da Lei das SA's cumulada com a normativa contábil CPC 25 estão vinculadas a critérios e bases específicos para a elaboração de suas demonstrações financeiras e, em específico, de seus passivos contingentes.

Oportuno, portanto, observar as definições trazidas pela norma.

Em seu item 10, o CPC 25 elucida os conceitos de provisão e de passivo:⁷

Provisão é um passivo de prazo ou de valor incertos.

⁷ O conceito de *“passivo”* foi transcrito apenas para fins de registro. Ele pouco interessa ao presente estudo, já que, como se vê, pressupõe uma obrigação **presente**.

Passivo é uma obrigação presente da entidade, derivada de eventos já ocorridos cuja liquidação se espera que resulte em saída de recursos da entidade capazes de gerar benefícios econômicos.

Nesse mesmo item, ele apresenta o conceito de passivo contingente adotado no país:

- (a) uma **obrigação possível** que resulta de eventos passados e cuja existência será confirmada pela ocorrência ou não de um ou mais eventos futuros incertos não totalmente sob controle da entidade; ou
 - (b) uma obrigação presente que resulta de eventos passados, mas não é reconhecida porque:
 - (i) não é provável que uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos seja exigida para liquidar a obrigação; ou
 - (ii) o valor da obrigação não pode ser mensurado com suficiente confiabilidade.
- (grifos adotados)

Os conceitos de provisão e de passivo contingente descritos pela norma são centrais, porque traduzem em termos contábeis as contingências de uma empresa. É razoável afirmar que a contingência passiva oriunda de ações judiciais, objeto em estudo, será manifestada nos balanços contábeis ou como passivo contingente, ou como provisão.

Os itens 12 e 13 do CPC 25 esclarecem justamente a relação entre esses dois conceitos:

Relação entre provisão e passivo contingente

12. Em sentido geral, todas as provisões são contingentes porque são incertas quanto ao seu prazo ou valor. Porém, neste Pronunciamento Técnico o termo “contingente” é usado para passivos e ativos que não sejam reconhecidos porque a sua existência somente será confirmada pela ocorrência ou não de um ou mais eventos futuros incertos não totalmente sob o controle da entidade. Adicionalmente, o termo passivo contingente é usado para passivos que não satisfaçam os critérios de reconhecimento.

13. Este Pronunciamento Técnico distingue entre:

- (a) provisões – que são reconhecidas como passivo (presumindo-se que possa ser feita uma estimativa confiável) porque são obrigações presentes e é provável que uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos seja necessária para liquidar a obrigação; e
- (b) passivos contingentes – que não são reconhecidos como passivo porque são:
 - (i) **obrigações possíveis**, visto que ainda há de ser confirmado se a entidade tem ou não uma obrigação presente que possa conduzir a uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos, ou
 - (ii) obrigações presentes que não satisfazem os critérios de reconhecimento deste Pronunciamento Técnico (porque não é provável que seja necessária uma saída de recursos que incorporem

benefícios econômicos para liquidar a obrigação, ou não pode ser feita uma estimativa suficientemente confiável do valor da obrigação).
(grifos adotados)

Tomadas essas definições, é importante esclarecer alguns pontos.

Não integra o objeto em estudo o passivo contingente relacionado a uma obrigação presente, tal qual descrito no item b do conceito de “*passivo contingente*” determinado pelo CPC 25 e no item b, ii, do item 13 do Pronunciamento, acima.

Isso porque, além de extremamente raros⁸, passivos contingentes dessa natureza distinguem-se por razões alheias ao interesse desse trabalho. Em casos desse tipo já se sabe que determinado evento deverá ocorrer, a dificuldade reside tão somente em estimar seus efeitos, ou seja, a análise de risco já foi superada em alguma medida.

Nos termos do CPC 25, portanto, a contingência passiva oriunda de uma ação judicial estará, via de regra, refletida como uma provisão - **obrigação provável** - ou como um passivo contingente - **obrigação possível**, o que não exclui a necessidade de se monitorar a **obrigação remota**.

A obra do professor Gonçalves (2019) auxilia na compreensão do conceito de obrigação:

O vocábulo obrigação comporta vários sentidos. Na sua mais larga acepção, exprime qualquer espécie de vínculo ou de sujeição da pessoa, seja no campo religioso, moral ou jurídico. Em todos eles, o conceito de obrigação é, na essência, o mesmo: a submissão a uma regra de conduta, cuja autoridade é reconhecida ou forçosamente se impõe. É nesse sentido que nos referimos a obrigações religiosas, morais, sociais etc.

O direito das obrigações, todavia, emprega o referido vocábulo em sentido mais restrito, **compreendendo apenas aqueles vínculos de conteúdo patrimonial, que se estabelecem de pessoa a pessoa, colocando-as, uma em face da outra, como credora e devedora, de tal modo que uma esteja na situação de poder exigir a prestação, e a outra, na contingência de cumpri-la.**

(grifos adotados)

O trinômio **provável, possível e remoto** qualifica as obrigações entendidas como tal e servirá de guia a partir desse momento.

Feitos esses esclarecimentos, torna-se viável seguir com a análise da norma, mais especificamente das regras aplicáveis às provisões e passivos contingentes.

No campo dedicado ao passivo contingente, o CPC 25 estabelece o seguinte:

⁸ O próprio CPC 25 indica essa realidade em repetidas oportunidades, como em seus itens 25, 26 e 30.

Passivo contingente

27. A entidade não deve reconhecer um passivo contingente.

28. O passivo contingente é divulgado, como exigido pelo item 86, a menos que seja **remota** a possibilidade de uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos.

29. Quando a entidade for conjunta e solidariamente responsável por obrigação, a parte da obrigação que se espera que as outras partes liquidem é tratada como passivo contingente. A entidade reconhece a provisão para a parte da obrigação para a qual é **provável** uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos, exceto em circunstâncias extremamente raras em que nenhuma estimativa suficientemente confiável possa ser feita.

30. Os passivos contingentes podem desenvolver-se de maneira não inicialmente esperada. Por isso, são periodicamente avaliados para determinar se uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos se tornou **provável**. Se for **provável** que uma saída de benefícios econômicos futuros serão exigidos para um item previamente tratado como passivo contingente, a provisão deve ser reconhecida nas demonstrações contábeis do período no qual ocorre a mudança na estimativa da probabilidade (exceto em circunstâncias extremamente raras em que nenhuma estimativa suficientemente confiável possa ser feita).

(grifos adotados)

Ao tratar do reconhecimento da provisão a norma assim estabelece:

Provisão

14. Uma provisão deve ser reconhecida quando:

- (a) a entidade tem uma obrigação presente (legal ou não formalizada) como resultado de evento passado;
- (b) seja **provável** que será necessária uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos para liquidar a obrigação; e
- (c) possa ser feita uma estimativa confiável do valor da obrigação. Se essas condições não forem satisfeitas, nenhuma provisão deve ser reconhecida.

(grifos adotados)

A leitura conjunta de todos os itens do CPC 25 já mencionados permite algumas conclusões gerais.

Pois bem, uma empresa acionada judicialmente estará diante de uma contingência passiva. Essa contingência passiva deverá ser avaliada, oportunidade em que se realizará uma **análise do risco jurídico** envolvido. Essa avaliação culminará numa classificação que se divide entre provável, possível e remota.⁹

⁹ Em igual sentido ensina Ribeiro (2016): O CPC 25 prevê uma escala qualitativa em três níveis (provável, possível e remota), bem como determina que o julgamento contábil busque apurar todas as evidências possíveis, valendo-se inclusive da opinião de especialista. A perda provável, assim compreendida como aquela alta ou muito alta, impõe o reconhecimento de uma provisão e o fornecimento de maiores esclarecimentos em notas explicativas, enquanto a possível exige a mera divulgação de um passivo contingente em notas explicativas. O passivo contingente cuja necessidade de liquidação seja tida como remota, isto é, baixa ou muito baixa, não precisa, sequer, ser objeto de divulgação.

Caso contingência passiva em questão, após a análise do risco jurídico, seja classificada como **provável**, a empresa deverá reconhecer a **provisão** em suas demonstrações.

Caso a contingência passiva em questão, após a análise do risco jurídico, seja classificada como **possível**, a empresa deverá divulgar¹⁰ o **passivo contingente** em suas demonstrações.

Caso a contingência passiva em questão, após a análise do risco jurídico, seja classificada como **remota**, a empresa não deve fazer constar tal informação em seus balanços, porém deve manter uma **avaliação periódica**.

Ao tratar da hipótese **provável**, ou seja, da **provisão** o Pronunciamento Técnico aprofunda as noções que utiliza. Alguns trechos desse aprofundamento aderem à explicação aqui pretendida, veja-se:

Evento passado

17. Um **evento passado** que conduz a uma obrigação presente é chamado de um evento que cria obrigação. Para um evento ser um evento que cria obrigação, é necessário que a entidade não tenha qualquer alternativa realista senão liquidar a obrigação criada pelo evento. Esse é o caso somente:

(a) **quando a liquidação da obrigação pode ser imposta legalmente**; ou

(b) no caso de obrigação não formalizada, quando o evento (que pode ser uma ação da entidade) cria expectativas válidas em terceiros de que a entidade cumprirá a obrigação.

(...)

Saída **provável** de recursos que incorporam benefícios econômicos

23. Para que um passivo se qualifique para reconhecimento, é necessário haver não somente uma obrigação presente, mas também a probabilidade de saída de recursos que incorporam benefícios econômicos para liquidar essa obrigação. Para a finalidade deste Pronunciamento Técnico, uma saída de recursos ou outro evento é considerado como provável se o evento for mais provável que sim do que não de ocorrer, isto é, se a probabilidade de que o evento ocorrerá for maior do que a probabilidade de isso não acontecer. Quando não for provável que exista uma obrigação presente, a entidade divulga um passivo contingente, a menos que a possibilidade de saída de recursos que incorporam benefícios econômicos seja remota (ver item 86).

(...)

¹⁰ A divulgação se dá nos termos do item 86 do CPC 25: 86. A menos que seja remota a possibilidade de ocorrer qualquer desembolso na liquidação, a entidade deve divulgar, para cada classe de passivo contingente na data do balanço, uma breve descrição da natureza do passivo contingente e, quando praticável: (a) a estimativa do seu efeito financeiro, mensurada conforme os itens 36 a 52; (b) a indicação das incertezas relacionadas ao valor ou momento de ocorrência de qualquer saída; e (c) a possibilidade de qualquer reembolso.

Estimativa confiável da obrigação

25. O uso de **estimativas** é uma parte essencial da elaboração de demonstrações contábeis e não prejudica a sua confiabilidade. Isso é especialmente verdadeiro no caso de provisões, que pela sua natureza são mais incertas do que a maior parte de outros elementos do balanço. Exceto em casos extremamente raros, a entidade é capaz de determinar um conjunto de desfechos possíveis e, dessa forma, fazer uma estimativa da obrigação que seja suficientemente confiável para ser usada no reconhecimento da provisão. (grifos aditados)

É evidente pela leitura dos excertos que a norma exige uma análise de risco, estimativa, e que uma das hipóteses que impõe o reconhecimento contábil é eminentemente jurídica, obrigações que podem ser impostas legalmente.

A disciplina esclarecida acima, portanto, se direciona em grande medida a análise de riscos jurídicos que recai sobre as contingências passivas oriundas de ações judiciais, objeto em análise.

A leitura da norma contábil com foco nas contingências passivas elucida os possíveis resultados da análise de risco jurídico feita sobre uma contingência passiva oriunda de uma ação judicial e abre espaço para que uma das primeiras perguntas colocadas por este trabalho seja respondida: *“como é feita a análise de um risco jurídico?”*.

Até o presente momento, já se sabe que, após ser acionada judicialmente, a companhia estará diante de uma contingência passiva que deverá ser avaliada e classificada numa escala que se divide entre provável, remota e possível.

É exatamente a avaliação que visa essa classificação que será estudada a seguir, considerado o objeto delimitado anteriormente.

3. Como é feita a análise de um risco jurídico?

O Apêndice C do CPC 25 elenca alguns exemplos de situações que exigem tratamento nos termos da normativa contábil. O “Exemplo 10A – Caso Judicial” pode ser utilizado como um primeiro passo para que seja respondida a pergunta posta no presente capítulo, veja-se:

Após um casamento em 20X0, dez pessoas morreram, possivelmente por resultado de alimentos envenenados oriundos de produtos vendidos pela entidade. Procedimentos legais são instaurados para solicitar indenização da entidade, **mas esta disputa o caso judicialmente**. Até a data da autorização para a publicação das demonstrações contábeis do exercício findo em 31 de dezembro de 20X0, os advogados de entidade aconselham que **é provável que a entidade não será responsabilizada**. Entretanto, quando a entidade elabora as suas demonstrações contábeis para o exercício findo em 31 de dezembro de 20X1, os seus advogados aconselham que, dado o desenvolvimento do caso, **é provável que a entidade será responsabilizada**.

(a) Em 31 de dezembro de 20X0

Obrigação presente como resultado de evento passado que gera obrigação – Baseado nas evidências disponíveis até o momento em que as demonstrações contábeis foram aprovadas, não há obrigação como resultado de eventos passados.

Conclusão – Nenhuma provisão é reconhecida (ver itens 15 e 16). A questão é divulgada como passivo contingente, a menos que a possibilidade de qualquer saída seja considerada **remota** (item 86).

(b) Em 31 de dezembro de 20X1

Obrigação presente como resultado de evento passado que gera obrigação – Baseado na evidência disponível, há uma obrigação presente.

Saída de recursos envolvendo benefícios futuros na liquidação – **Provável**.

Conclusão – Uma provisão é reconhecida pela melhor estimativa do valor necessário para liquidar a obrigação (itens 14 a 16).

Como se observa, o tratamento conferido à contingência passiva relacionada a uma ação judicial está intrinsecamente relacionado ao aconselhamento dado pelos advogados, ou seja, à análise de risco jurídico realizada por um profissional do direito.

Esse aconselhamento costuma receber o nome de “*opinião de especialistas*” ou “*opinião jurídica*” como destaca Ribeiro (2016) ao tratar da análise de riscos jurídico-tributários:

Uma ferramenta bastante utilizada para análise de riscos jurídico-tributários é **a opinião de especialistas** (...) que podem se dar em forma de pareceres de um ou mais especialistas tributários ou de relatórios de contingências elaborados pelos advogados que conduzem as causas. Além de ser expressamente mencionada no CPC 25, **a opinião jurídica** é comumente apontada nas notas explicativas às demonstrações financeiras como justificativas para as classificações adotadas, de modo que a forma como são

emitidas foi analisada no terceiro capítulo. Em ambas as situações as opiniões podem ser debatidas nos referidos comitês, sendo, por outro lado, comum a solicitação de esclarecimentos adicionais aos relatórios, seja espontaneamente por parte da empresa, seja por motivação de auditorias externas.
(grifos aditados)

Da perspectiva da empresa e até mesmo do profissional contador, portanto, a análise de risco jurídico associada à uma contenda judicial esgota-se na consulta da “*opinião de especialistas*” e em sua materialização nos balanços contábeis. Ainda que, porventura, tais opiniões possam ser debatidas por iniciativa da empresa ou de auditores externos.

Não é diferente a análise realizada por Filho e Gonzales (2016) ao tratarem da análise desses riscos no âmbito das instituições financeiras:

Cientes desse panorama, convém mencionar a relação do departamento jurídico como interveniente indispensável à concretização de uma boa governança, mormente pela relação entre o dever de transparência e a necessária **avaliação dos riscos jurídicos** arraigados aos processos judiciais vinculados à empresa.
(...)

É evidente a importância da atuação do setor jurídico para o claro **dimensionamento dos riscos pertinentes ao contingente em litígio** e ao fortalecimento da transparência e do dever de prestar contas inerentes a uma sólida Governança. Destarte, é fundamental a existência de uma equipe de advogados atuante no sentido de se dimensionar constantemente os riscos jurídicos de seus processos judiciais, em especial aqueles que reflitam em maior monta e impacto nos resultados financeiros.
(grifos aditados)

Como mencionado pelos Autores, que o exercício desse papel pelo advogado é indispensável para a governança das entidades e constitui um importante passo no cumprimento de deveres jurídicos como o de transparência e o de prestar contas.

Eles ainda demonstram como a solução adotada contabilmente com vistas a manutenção da boa governança decorre diretamente dessa análise (FILHO E GONZALES, 2016):

Mais uma vez se percebe a relevância da atuação do corpo jurídico para dimensionamento dos riscos jurídicos atrelados às situações de incerteza, porquanto a apreciação do advogado será fundamental para formação do entendimento concernente à probabilidade de ocorrência da obrigação. A depender da conclusão relacionada à probabilidade da existência da obrigação, a instituição financeira deverá adotar as seguintes providências:

- i) se for **provável** a existência da obrigação: deverá estabelecer provisão;

- ii) se for menos provável – porém, **possível** – a existência da obrigação: deverá divulgar um passivo contingente, 35 mencionando a estimativa do seu efeito financeiro, as incertezas relacionadas ao valor ou momento de ocorrência de qualquer saída e a possibilidade de qualquer reembolso;
- iii) na hipótese do item anterior, se for **remota** a possibilidade de saída de recursos: não há a necessidade de divulgação de passivo contingente.

Observa-se que, a depender da análise do risco jurídico, os reflexos contábeis e as providências adotadas pela instituição financeira serão distintas.
(grifos adotados)

A análise do risco jurídico oriundo de uma ação judicial feita por uma empresa é, então, resultado direto da consulta à opinião de um advogado ou de um corpo jurídico.

Essa resposta é bastante intuitiva e soluciona, numa primeira análise, a questão posta pelo presente capítulo da seguinte forma: **a análise de um risco jurídico é feita a partir da consulta a um especialista, advogado.**

O questionamento aqui, entretanto, vai além. O ponto é: como esse especialista, advogado ou corpo jurídico chega ao resultado comunicado ao contador ou à empresa. Como o profissional do direito analisa o risco envolvido numa ação judicial?

3.1 Como o especialista opina?

A resposta dessa questão extrapola as exigências formais às quais as empresas estão submetidas, isto é, uma Companhia submetida à regulação pela CVM, por exemplo, não é obrigada a discorrer sobre a racionalidade do cálculo de risco realizado para a elaboração de seus balanços, como ensina Ribeiro (2016):

Em matéria de avaliação de riscos, a CVM parece compreender **que a indicação da classificação adotada (provável, possível e remota) e em que ela se apoia é suficiente (e.g. opinião de especialistas)**, não se mostrando necessário discriminar todos os riscos identificados ou detalhar as ferramentas ou processos aplicados. Isto é, não se faz necessário apresentar aos usuários externos **o raciocínio e suas premissas**, apenas a conclusão da avaliação de riscos, conforme se depreende, por amostragem, das demonstrações financeiras apresentadas pelas companhias abertas.
(grifos adotados)

A simples leitura das demonstrações de uma grande companhia permite verificar esse fato. A ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A., por exemplo, na Nota 29, item b, das

Demonstrações Contábeis divulgadas em 30/12/2019 divulgou o seguinte a respeito de suas provisões e contingências¹¹:

b) Provisões e Contingências: os critérios de quantificação das provisões e contingências são adequados às características específicas das carteiras cíveis, trabalhistas e fiscais, bem como outros riscos, levando-se em consideração a opinião dos assessores jurídicos, a natureza das ações, a semelhança com processos anteriores, bem como a jurisprudência dominante. A Constituição de provisão ocorre sempre que a perda for classificada como provável.

As obrigações legais decorrem de ações judiciais ingressadas para discutir a legalidade e inconstitucionalidade da legislação em vigor, sendo objeto de provisão contábil.

Como se vê, a entidade classifica os processos por áreas (cíveis, trabalhistas e fiscais) e limita-se a informar que em sua análise levou em consideração a opinião de assessores jurídicos orientada por alguns parâmetros básicos. Em seguida, a instituição financeira apresenta um breve detalhamento de suas contingências em cada uma dessas áreas.

É justamente naquilo que desborda a divulgação em si que reside à preocupação aqui debatida. Em outras palavras, a pergunta endereçada toca “*o raciocínio e [as premissas]*” que levam à conclusão da avaliação de riscos.

A divulgação do Itaú dá a entender que a entidade consulta todos os seus advogados e eles retornam com informações sobre os processos que estão sob sua responsabilidade, o que inclui uma classificação de risco (remoto, possível, provável) e uma estimativa de custos potenciais relacionados a esses riscos.

Diante disso, é possível aprofundar a pergunta elaborada com questões sobre a racionalidade, as premissas e os parâmetros utilizados na análise desses advogados. Em outras palavras, sobre o método ou procedimento adotado pelo especialista para a consecução da tarefa e sobre os fatores levados em consideração.

A resposta sobre os fatores considerados parece ser a mais evidente.

Von Knoblauch (2010), aduz que a CVM em seu ofício-circular n. 01/2005¹² estabelece que as estimativas decorrem do julgamento da entidade complementado pela experiência em situações semelhantes e por estudos/pareceres de especialistas. A Autora

¹¹ Vale dizer que o trecho da demonstração guarda alguma semelhança com o excerto da demonstração do Lehmann Brothers referente ao segundo trimestre de 2008, replicada por Kaplan (2011) na obra referenciada no início desse trabalho.

¹² O ofício circular em questão que se comunica com o CPC 25 por estar inserido no movimento de adaptação das normas contábeis internacionais para o contexto brasileiro.

ainda indica que o IBRACON em sua Interpretação Técnica n. 02/2006 estabelece critérios bastante similares, quais sejam: a existência de jurisprudência, a opinião dos advogados e o consenso passível de ser obtido de especialistas qualificados.

Filho e Gonzalez (2016) acompanham os ensinamentos de Von Knoblauch, mas vão além e afirmam que:

Essa situação exige uma adequada mensuração do risco atrelado a cada processo, avaliando o respectivo estágio processual, a matéria discutida, a jurisprudência relacionada, o acervo probatório disponibilizado nas defesas, de maneira a refletir fielmente as prováveis perdas financeiras por condenações judiciais.

(...)

A melhor estimativa de desembolso, noutros termos, a provável condenação da instituição financeira na seara judicial deve ser amparada por uma avaliação tecnicista, lastreada nas peculiaridades processuais de cada caso, além da observância à jurisprudência e à legislação que versa acerca da matéria em litígio. O dimensionamento de desembolso não pode ser furtado, por conseguinte, da apreciação do setor jurídico.

O julgamento da administração da entidade quanto à melhor estimativa de desembolso no âmbito judicial deve ser alicerçado, inevitavelmente, nos apontamentos do setor jurídico, seja do corpo jurídico interno, seja do externo contratado, a depender da definição estratégica da empresa.

Como se vê, os autores pontuam critérios mais específicos e vinculam o dimensionamento do risco jurídico que culminará num potencial desembolso à “*apreciação do setor jurídico*” interno ou externo.

Bifano (2015) ao tratar justamente dos **critérios de avaliação de risco** insertos ao campo tributário, aduz o seguinte:

É de praxe que os consultores jurídicos se orientem pelos seguintes referenciais ao fazerem suas avaliações de sucesso/adequação das demandas/procedimentos: (i) convicção pessoal, baseada no conhecimento/entendimento da matéria; (ii) jurisprudência dos tribunais que sobre o tema se formou ou se vem formando; (iii) opinião da comunidade dos advogados e (iv) doutrina. A lista de referenciais aqui propostos obedeceu a gradação de importância que a nosso ver, no cenário brasileiro deve ser rigorosamente observada.

Ribeiro (2016) também se debruça sobre o tema¹³ e aprofunda as balizas de avaliação listadas pela Autora:

O certo, porém, é que a identificação de julgados favoráveis nessas instâncias ordinárias ou mesmo de posicionamentos favoráveis em casos análogos nos

¹³ Ribeiro (2016) chega a descrever a análise de risco jurídico em matéria tributária da seguinte forma: “*A avaliação de riscos em matéria tributária, desse modo, pode ser compreendida como um exercício de prever o comportamento dos juízes e, principalmente, dos tribunais superiores.*”.

tribunais superiores não autoriza, por si só, o não reconhecimento contábil de um passivo tributário.

A identificação de julgados em situações análogas, na realidade, é apenas um dos elementos que devem integrar a avaliação de risco, sendo seu peso proporcional à sua antiguidade. Quanto mais recente o precedente, mais ele refletirá o resultado de um possível julgamento do tribunal em sua composição atual e vice-versa, porém deve-se compreender que a classificação daí oriunda é de curto prazo e deve ser revista e ponderada com a mudança na composição da corte e do perfil dos seus julgadores.

(...)

No que tange, por fim, às discussões fáticas, a mensuração dos riscos deve abranger outros fatores, como a tempestividade, a extensão e a tecnicidade da prova documental e a capacidade de o juiz compreendê-la, a competência técnica dos peritos nomeados e a qualidade do trabalho dos assistentes técnicos das partes, e de outros elementos.

Da leitura das obras acima referenciadas se verifica a existência de alguma convergência entre os autores naquilo que respeita aos parâmetros utilizados para a análise de risco jurídicos, o que está inclusive refletido na legislação.

A pergunta “*Quais os parâmetros utilizados na análise de risco jurídico?*” encontra respostas com algum grau de consolidação, ainda que estas variem entre si a depender da matéria.

Há consenso, por exemplo, quanto à necessidade de análise da legislação, da posição dos tribunais e da dita “*comunidade jurídica*”, bem como das peculiaridades do processo.

Na contramão do que acontece em relação aos critérios da análise, parecem inexistir respostas quanto à racionalidade ou o método adotado cotidianamente nessas análises e quanto às suas premissas. São encontradas, no limite, **sugestões** de metodologia e de ferramentas que poderiam ser emprestadas de outros campos (RIBEIRO, 2016).

Há, portanto, um cenário curioso instituído.

Existe um intrincado arcabouço que exige das maiores companhias do país a realização de procedimentos rigorosos de controle de sua operação¹⁴, o que inclui a divulgação de balanços que informem quanto a sua exposição a risco.

As companhias então contratam renomados profissionais contadores que são os responsáveis pela elaboração desses balanços, bem como grandes empresas de auditoria que revisam essas demonstrações enquanto terceiras não interessadas, com vistas a assegurar sua higidez.

¹⁴ A Instrução CVM n. 552, vigente desde 2015, exige que as empresas divulguem a existência ou não de uma política de riscos e impõe às empresas o dever de justificar a não adoção de tal política.

Os responsáveis pela elaboração desses balanços consultam a **opinião de especialistas** para aferir os riscos aos quais a companhia está exposta. No que diz respeito às contingências passivas oriundas de ações judiciais, esses especialistas são profissionais do direito, advogados do jurídico interno ou externo da empresa.

A análise dos riscos jurídicos aos quais uma companhia está submetida, portanto, se insere num rigoroso processo que inclui gestores, contadores e auditores, mas depende sumariamente da **opinião dos advogados**.

Pois bem, há na produção acadêmica em direito algum desenvolvimento relacionado aos critérios que devem ser levados em consideração quando se realiza uma análise dessa natureza e parece haver consenso nas respostas encontradas até aqui.

Não existem, todavia, estudos que toquem a racionalidade que fundamenta essas análises. Não há trabalhos que se debrucem sobre métodos ou ferramentas efetivamente utilizadas nessa tarefa. Aquilo que existe é eminentemente propositivo.

Esse vazio pode significar duas coisas:

1. Por detrás da análise de risco realizada pelos principais advogados brasileiros há uma robusta racionalidade e ao prestarem serviços dessa natureza para as companhias são utilizados os melhores métodos e ferramentas disponíveis. Esse conhecimento, entretanto, não alcançou a academia. Opção entendida como pouco provável.
2. Não há no campo jurídico desenvolvimento científico direcionado à realização de análises de risco, de modo que, em que pese sabidos alguns dos parâmetros que devem ser levados em consideração, não foram desenvolvidos métodos ou ferramentas para aferir a exposição de uma empresa aos riscos jurídicos. Opção entendida como provável.

Caso a opção 2 corresponda à realidade, todo o arcabouço legislativo e regulatório, bem como o esforço de companhias, contadores e auditores pode estar comprometido, naquilo que pertine às contingências passivas oriundas de ações judiciais, pela falta de rigor metodológico dos especialistas consultados, ou seja, dos advogados.

Em outras palavras, a análise de risco jurídico realizada pelas companhias brasileiras seria frágil porque depende da opinião de especialistas que nunca receberam o devido treinamento para realizar essa tarefa, vez que oriundos de um campo do conhecimento que ignora a importância do tema.

Ainda que existam exceções à essa realidade, fato é que a parca produção científica denota a ausência de um padrão e de um consenso mínimo sobre a questão. Via de consequência, a análise de risco dependerá em grande medida de qual profissional ou escritório for contratado, ou seja, de percepções particulares.

Repita-se as empresas elaboram seus balanços com fundamento na opinião dos especialistas, advogados, responsáveis pelas causas em que é parte.

Uma empresa que conte com dezenas de escritórios e milhares de advogados, portanto, entregará ao mercado uma análise de risco que é a resultante dessa variedade de percepções, formações e opiniões. Há, assim, um espaço gigantesco para a subjetividade na realização da análise de risco jurídico.

O profissional do direito realiza a análise com base naquilo que entende sobre a matéria e utiliza parâmetros que se aproximam do que seria um senso comum jurídico. Não há uma racionalidade cientificamente verificada para auxiliá-lo nessa tarefa, inexistem métodos ou ferramentas, tão somente o treinamento jurídico *lato sensu*.

Chega-se, portanto, à resposta da pergunta endereçada nesse subtópico: “*como o especialista opina?*”.

O especialista em direito o faz com base em parâmetros gerais, sem a utilização de ferramentas específicas ou de algum rigor metodológico, e a partir de particularidades como sua formação, sua experiência, suas percepções e suas opiniões, que incidem sobre a jurisprudência, a doutrina e a “*opinião da comunidade jurídica*”.

Tomada essa conclusão, é possível dar uma resposta completa ao primeiro questionamento justificador do presente trabalho: **como é feita a análise de um risco jurídico?**

As companhias consultam um especialista, advogado, usualmente o responsável pela ação que será avaliada, que, por sua vez, se debruça sobre os autos e a partir de seus conhecimentos particulares classifica o risco jurídico envolvido entre provável, possível e remoto, além de estimar o potencial impacto financeiro.

Essa informação é repassada aos responsáveis pela elaboração dos balanços da companhia que consolidam as centenas ou milhares de ações e materializam a exposição a risco da empresa em seus balanços como passivos contingente ou provisões, a depender da opinião do especialista consultado. O procedimento se repete periodicamente.

Não há aqui uma crítica às demonstrações contábeis das companhias brasileiras ou ao trabalho dos escritórios e profissionais que as assessoram individualmente. Há, porém, problemas intrínsecos ao direito enquanto academia e mercado profissional no que diz respeito à sua capacidade de mensurar riscos.

O objetivo aqui, portanto, não é apontar o dedo para renomadas bancas de advocacia e questionar sua capacidade analítica. Até porque a análise procedida por esses profissionais é, muito provavelmente, a melhor disponível no país atualmente. O que se questiona é justamente o fato de essa ser a melhor análise de risco jurídico que as empresas podem acessar e que os especialistas são capazes de entregar.

Rememore-se o questionamento colocado no prólogo desse trabalho: após décadas de pesquisa acadêmica qual o melhor que o direito pode oferecer para quantificar e demonstrar riscos jurídicos?

É razoável afirmar que a análise de risco jurídico disponível hoje não é a melhor que o direito enquanto campo profissional e do conhecimento poderia oferecer.

Ora, o desenvolvimento de métodos, metodologias e ferramentas capazes de aperfeiçoar análises de risco é um passo que poderia ter sido dado há muito, de modo que o uso desses mecanismos já deveria estar consolidado no mercado.

Mais, o movimento de digitalização dos processos que tramitam em nosso país possibilita inclusive que recursos mais avançados sejam utilizados para a consecução da tarefa de mensurar os riscos envolvidos numa ação judicial. O uso de inteligência artificial e, ou, de *big data* são exemplos.

Todavia, mesmo a pura aplicação da **estatística** para o estudo e o exercício do direito pode ser considerada vanguardista no contexto brasileiro. É o que se depreende da leitura de obras que se filiam ao campo da Jurimetria¹⁵, enquanto a Econometria já é um campo consolidado das Ciências Econômicas há décadas.

¹⁵ Jurimetria é, nos termos do que ensina Nunes (2016), “a disciplina do conhecimento que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica.”. A obra em questão faz um apanhado bastante profundo sobre o que é esse campo de estudo, suas origens e potencialidades.

A aplicação das técnicas de estatística é condição básica para o uso de novas tecnologias como as citadas e poderia integrar a análise do risco de insucesso numa ação judicial há anos.

Feitas essas considerações, rememore-se a questão: como é feita a análise de um risco jurídico?

E, a resposta, novamente: pela consulta a um especialista que opina com base em parâmetros gerais, sem a utilização de ferramentas específicas ou de algum rigor metodológico, e a partir de particularidades como sua formação, sua experiência, suas percepções e suas opiniões, que incidem sobre a jurisprudência, a doutrina e a “*opinião da comunidade jurídica*”.

O cenário crítico retratado atrai a segunda pergunta articulada no primeiro capítulo desse trabalho, qual seja: é possível diminuir a margem de erro da análise de um risco jurídico? É essa a preocupação que estará em mente a partir daqui.

Todavia, antes de mais nada, vale direcionar o olhar para repercussões práticas da análise de risco jurídico.

3.2 Qual a repercussão prática da opinião do especialista?

Esclareça-se desde o início que o objetivo deste tópico não é exaurir as potenciais repercussões da análise de risco jurídico, mas tão somente elencar algumas delas e apresentar exemplos práticos dessa realidade.

Caso seja retomado o objeto escolhido, qual seja: a contingência passiva oriunda de ações judiciais das companhias brasileiras, existem alguns casos emblemáticos.

A obra de Ribeiro (2016) é, novamente, bastante útil. O Autor toca a importância da avaliação das incertezas em sua dissertação, veja-se:

Um dos aspectos mais importantes no preparo das demonstrações financeiras é a **avaliação das incertezas**, especialmente aquelas que envolvem as obrigações, haja vista que elas impactam, a depender da forma como são reconhecidas e mensuradas, os usuários dessas informações e, especialmente, **o apetite e interesse pelos investimentos**.

(Grifos adotados)

Considerada essa premissa, Ribeiro aborda o caso da Vale S/A em 2013. A empresa discutia judicialmente uma obrigação que se encontrava fora de seu balanço, constava apenas em notas explicativas e não como passivo.

Em 23/12/2013, comunicou ao mercado que aderiu ao REFIS¹⁶, tendo reconhecido uma obrigação da ordem de R\$ 22,222 bilhões como passivo.

O reconhecimento desse passivo fez com que o lucro da mineradora fosse de apenas R\$ 115 milhões naquele ano¹⁷. Valor que contrasta com os quase R\$ 10 bilhões distribuídos em 2012 (RIBEIRO, 2016).

Essa questão já havia gerado uma situação curiosa na própria Vale S/A em 2011, oportunidade em que o passivo contingente da empresa saltou de R\$ 4,419 bilhões para R\$ 35,933 bilhões em decorrência da alteração do risco de perda de um mandado de segurança cujo objeto era a incidência de IRPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica) e CSLL (Contribuição Social Sobre Lucro Líquido) sobre os lucros de suas controladas no exterior.

Em outras palavras, quando os especialistas que assessoravam a companhia alteraram seu prognóstico de remoto para possível, surgiu um passivo contingente superior à três dezenas de bilhões nos balanços da empresa (RIBEIRO, 2016).

¹⁶ Nos termos do próprio fato relevante divulgado pela Companhia ao mercado, o que ocorreu foi o seguinte (VALE, 2013):

A Vale S.A. (Vale) informa que seu Conselho de Administração aprovou adesão ao acordo de refinanciamento de tributos federais (REFIS) referente a pagamento de imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido de controladas e coligadas sobre o lucro gerado no exterior nos anos de 2003 a 2012, conforme as condições estabelecidas pela Lei 12.865/2013, de 9/10/2013, e pela Medida Provisória 627 (MP 627), de 11/11/2013.

A adesão ao REFIS implicará em pagamento à Secretaria da Receita Federal de R\$ 5,965 bilhões no final deste mês e de R\$ 16,360 bilhões parcelados em 179 meses, com os valores das parcelas mensais corrigidos pela taxa de juros SELIC. Desse modo, o valor presente líquido do fluxo de pagamentos é estimado pela Vale em R\$ 14,425 bilhões.

(...) O contencioso total para os anos de 2003 a 2012, incluindo períodos autuados e não autuados para a Vale e suas controladas, foi estimado em R\$ 45,0 bilhões – R\$ 17,084 bilhões de principal, R\$ 9,831 bilhões de multa, R\$ 11,991 bilhões de juros e juros sobre multas, e R\$ 6,094 bilhões de encargos.

Dentro das opções oferecidas pela legislação, a Vale decidiu pelo pagamento à vista do principal relativo a 2003, 2004 e 2006 e o parcelamento do principal, multas e dos juros relativos aos anos de 2005, e 2007 a 2012.

A opção escolhida pela Vale apresenta valor de face estimado em R\$ 22,325 bilhões, sendo R\$ 16,286 bilhões de principal, R\$ 1,565 bilhão de multa, e R\$ 4,474 bilhões de juros e juros sobre multas. A redução de principal ocorre devido ao abatimento de R\$ 798 milhões em consequência de prejuízos acumulados no Brasil. O valor presente dessa opção após benefícios tributários é de R\$ 14,425 bilhões, revelando-se melhor do que a opção pelo pagamento total à vista por reduzir a pressão sobre a liquidez da companhia e minimizar o valor presente dos pagamentos.

A adesão terá impacto estimado em R\$ 20,725 bilhões sobre o lucro apurado em nossas demonstrações contábeis relativas ao ano de 2013, em função do reconhecimento do saldo total a pagar líquido do benefício fiscal relativo aos juros vencidos, objeto do parcelamento e dedutíveis para fins de cálculo do imposto de renda. Nos anos seguintes, as despesas financeiras incluirão os encargos de juros cobrados sobre as parcelas do REFIS. Os fluxos de caixa futuros sofrerão o impacto dos pagamentos das parcelas mensais do REFIS nos termos anteriormente descritos.

¹⁷ O resultado foi noticiado pelo G1 (VALE, 2014): A Vale registrou lucro líquido R\$ 115 milhões em 2013, segundo balanço divulgado nesta quarta-feira (26). O resultado foi 98,8% menor que o de 2012, quando a empresa teve ganhos de R\$ 9,89 bilhões.

A Braskem S/A também passou por situação semelhante em 2009, quando reconheceu um passivo de R\$ 1,1 bilhão anteriormente relacionado a ações cuja chance de êxito era considerada boa (RIBEIRO, 2016).

Em ambos os casos o investidor que confiasse na análise de risco jurídico previamente realizada e divulgada nos balanços da empresa para dimensionar sua expectativa de recebimento de lucros, receberia um montante numa ordem de grandeza muito aquém daquela que planejava receber.

Por óbvio que casos como esses são excepcionais e impõe maiores dificuldades aos especialistas, até porque discussões que repercutem em obrigações bilionárias são raras. Todavia, eles são exemplos dramáticos do que uma alteração de prognóstico é capaz de causar.

É importante considerar que, mesmo que uma mensuração mais precisa dos riscos jurídicos envolvidos nos casos mais complexos possa parecer distante, a análise incorreta de centenas ou milhares de ações de complexidade inferior pode ter o mesmo efeito prático.

O estudo realizado por Von Knoblauch (2010) permite que se tenha uma dimensão disso. A Autora reuniu dados concernentes as contingências de grandes empresas brasileiras referentes ao ano de 2008.

Constatou, por exemplo, que a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), a Telenorte e a Vale demonstravam em seus balanços provisões para contingências de, respectivamente, R\$ 2,5 bilhões, R\$ 1,9 bilhões e 1,7 bilhões, tendo as empresas figurado como “campeãs” nesse quesito dentre aquelas analisadas.

Em relação aos passivos contingentes divulgados, os volumes são ainda maiores. A CSN divulgou um total de R\$ 5,9 bilhões, mas foi superada pela Telenorte que acumulava um total de R\$ 11 bilhões em passivos dessa natureza. A Petrobras estava em primeiro lugar no “pódio” com um passivo contingente da ordem de R\$ 17 bilhões divulgado no ano de 2008.

Filho e Gonzalez (2016) não encontraram um resultado muito diferente ao analisarem os balanços das cinco principais instituições financeiras do Brasil referentes ao primeiro semestre de 2015. Verificaram que, em 30/06/2015, o montante

provisionado em decorrência de passivos contingentes e obrigações legais superava os R\$ 38 bilhões.

Desse total cerca de R\$ 11,6 bilhões foram provisionados pelo Santander, R\$ 10,9 bilhões cabiam ao Banco do Brasil, quase R\$ 8 bilhões ao Bradesco, aproximadamente R\$ 6,1 bilhões à Caixa Econômica e os 1,5 bilhões remanescentes correspondiam às provisões do Itaú.

Tendo em conta que boa parte dos montantes contingenciados por Vale, CSN, Telenorte, Petrobras, Santander, Banco do Brasil, Bradesco, Caixa e Itaú tem origem em ações judiciais nas quais essas empresas figuravam como parte, é razoável afirmar que a análise de risco jurídico tem numa perspectiva macro uma influência financeira no patamar dos bilhões.

A avaliação do risco de perda envolvido nas milhões de ações tributárias, trabalhistas e cíveis, por exemplo, tem uma influência direta e bilionária nos balanços das empresas do país e na dinâmica do mercado.

A pesquisa de Albuquerque e Faria (2009) avaliou 51 empresas selecionadas aleatoriamente dentre aqueles que publicavam suas demonstrações contábeis e negociavam suas ações na bolsa, tendo identificado que, **ainda antes da edição do CPC 25**, 50,98% dessas empresas reconheciam contingências em notas explicativas, 37,25% possuíam provisões para contingências, 1,96% possuíam reserva para contingência e outras 1,96% possuíam ambas, provisões e reservas para contingência.

O estudo que contou com empresas de diversos seguimentos, como o financeiro, o educacional, o alimentício, o de vestuários, o de construção civil e o de telecomunicações, identificou que apenas 7,84% das 51 empresas analisadas não divulgaram contingências no ano de 2008.

Verificou ainda que 86,27% dessas empresas eram afetadas por contingências trabalhistas, 78,43% por contingências tributárias e 7,84% por contingências cíveis.

A repercussão prática da **opinião do especialista**, portanto, pode ser exemplificada pelas consequências atribuíveis à análise de risco jurídico realizada pelos advogados das mais diversas causas trabalhistas, cíveis e tributárias em que estejam sendo discutidas controvérsias das mais diversas montas, mas que em conjunto repercutem consideravelmente nos balanços contábeis das empresas brasileiras, bem como nas escolhas de gestores e investidores.

Todos os autores citados neste tópico registram essa dinâmica.

Ribeiro (2016) assevera que:

Por este motivo, os passivos contingentes costumam ser analisados e levados em consideração para a valoração e avaliação de empresas, sendo visados em processos específicos de combinações de negócios como laudos de avaliação ou *due diligences*.

Por este motivo, os passivos contingentes devem ser estimados e divulgados com a mesma atenção e cuidado que passivos normais que estão registrados nos demonstrativos das companhias.

Já Von Knoblauch (2010) pondera que:

(...) a evidenciação errônea ou mesmo a omissão das contingências nas demonstrações financeiras de uma empresa pode acarretar em modificações no seu patrimônio, bem como influencia diretamente na confiança e credibilidade oferecidos aos acionistas e clientes (...)

Filho e Gonzales (2016) pontuam o seguinte:

O correto dimensionamento quantitativo e qualitativo dos processos judiciais em curso é fonte indispensável para a mensuração de provisões e dos ativos e passivos contingentes que irão compor o demonstrativo financeiro da empresa e suas respectivas notas explicativas. A análise do risco jurídico irá impactar diretamente o resultado financeiro alcançado e divulgado pela instituição financeira, influenciando o seu valor de mercado e o consequente interesse pela compra e venda de suas ações. Por isso, é notória a importância da atuação do setor jurídico como elemento fomentador de uma governança sólida, estimando adequadamente as contingências e suas expectativas de desembolso.

Não é diferente o entendimento de Albuquerque e Faria (2009), que inclusive registram o fato de a correta divulgação resguardar a empresa de potenciais reclamações:

De acordo com as classificações dos graus de risco, o reconhecimento ou a divulgação das contingências assumem grande importância, pois sua constituição de forma indevida poderá acarretar distorções nas demonstrações contábeis, consequentemente disfarçando, muitas vezes, a realidade da situação patrimonial da empresa.

(...)

O registro da contingência passiva garante ao usuário das demonstrações contábeis a inexistência de passivos omitidos, inexistência de distorções nos saldos (superavaliados ou subavaliados), além de resguardar a empresa contra possíveis reclamações por não divulgar, em suas demonstrações contábeis, os prováveis desembolsos futuros.

Essas perspectivas decorrem de uma noção básica, muito bem resumida por Moura (2003) ao afirmar que a *“não apropriação da totalidade dos passivos contingentes pode não refletir, em determinado momento, o valor real do patrimônio de uma entidade”*.

Se esse “*determinado momento*”, mencionado por Moura, for o da avaliação de uma empresa para uma compra, por exemplo, o efeito prático na dinâmica de mercado é claro e imediato.

Isso porque, como indicam Costa (2013) e Ribeiro (2016), o CPC 15¹⁸ impõe o reconhecimento dos passivos contingentes como provisões no momento anterior ao valoração dos ativos quando da realização de uma combinação de negócios¹⁹, medida que impacta diretamente o patrimônio líquido das empresas.²⁰

Em linha com hipótese ventilada por Costa, companhias como a China Ming Yang, empresa chinesa do ramo da energia, ou a Tele Norte Leste, empresa brasileira do ramo das telecomunicações, teriam seus patrimônios reduzidos a zero ou a algo próximo disso, caso passassem por uma operação dessa natureza no Brasil no ano de 2010. Outras companhias, como a CDB, a CSN ou a Vivo, sofreriam um impacto superior à metade de seu patrimônio líquido (COSTA, 2013).

Assim, caso o passivo contingente esteja dimensionado de forma imprecisa no momento da compra de uma empresa, uma diminuição real de 100% ou 50% do patrimônio líquido pode ser refletida nas demonstrações contábeis em percentuais muito inferiores, 60% ou 30%, por exemplo.

Considerado esse cenário, os *stakeholders* interessados naquela operação seriam diretamente impactados pois a sua “*avaliação da natureza e dos efeitos econômicos e financeiros da combinação de negócios*”²¹ seria prejudicada.

A comparação entre passivos contingentes e patrimônios líquidos, aliás, permite outras conclusões interessantes.

Von Knoblauch (2010) verificou em sua pesquisa que 5 (cinco) das 100 (cem) empresas analisadas possuíam um passivo contingente maior que seus próprios patrimônios líquidos em 2008, o que pode significar, em última instância, a iminência de um processo de recuperação judicial ou a potencial falência dessas empresas.

¹⁸ Pronunciamento Contábil CPC 15 – Combinação de Negócios.

¹⁹ Fusões e aquisições são exemplos de combinações de negócios.

²⁰ Ribeiro (2016) destaca que o CFC por meio do CPC 15 confere aos passivos contingentes a mesma relevância dada aos passivos tradicionais em situações de combinação de negócios.

²¹ O item 1 do Sumário do CPC 15 descreve os seus objetivos e em sua letra (c) coloca exatamente o seguinte: 1. O objetivo do Pronunciamento é melhorar a relevância, a confiabilidade e a comparabilidade das informações que uma entidade fornece em suas demonstrações contábeis acerca de uma combinação de negócios e sobre seus efeitos. Para esse fim, este Pronunciamento estabelece princípios e exigências de como o adquirente: (...) (c) determina as informações a serem divulgadas para capacitar os usuários das demonstrações contábeis na avaliação da natureza e dos efeitos econômicos e financeiros da combinação de negócios.

Novamente, o dimensionamento equivocado do risco jurídico envolvido pode permitir que empresas já inviabilizadas por suas dívidas estejam em atividade no mercado. Em sentido contrário, a título de exemplo, pode fazer com que empresas que não estejam de fato em situações periclitantes enfrentem dificuldades desalinhadas com a sua realidade para conseguir crédito e, ou, investimentos.

Como se vê, a opinião do especialista tem uma repercussão prática bastante evidente no contexto empresarial brasileiro, mas a influência da análise de risco jurídico nos balanços contábeis das companhias e nas decisões dos *stakeholders* envolvidos não é o único exemplo dessa realidade.

A análise de Gico Júnior e Arake (2019) permite que sejam tocados mais alguns exemplos:

Nesse sentido, assumindo-se a racionalidade dos agentes, temos que, ao decidir ajuizar ou não uma ação, um potencial litigante avalia previamente os custos e os benefícios esperados da referida medida judicial. Nos custos, grosso modo, são contabilizados as custas processuais, honorários de advogado, honorários de perito e as despesas sucumbenciais envolvidas, caso a ação seja malsucedida. Nos benefícios são contabilizados não apenas o bem da vida pleiteado, mas os eventuais benefícios extraprocessuais obteníveis, como a satisfação de um desejo de vingança ou uma melhor posição negocial. Essa avaliação é, muitas vezes, intuitiva e sua sofisticação varia com a quantidade de informações disponíveis e com a sofisticação do próprio agente. Dessa forma, a premissa é que a parte que **escolhe litigar** sopesa os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito versus outros mecanismos ou mesmo o abandono do litígio.

(grifos adotados)

A premissa descrita revela a importância da análise de risco jurídico para a **escolha de litigar** e, mais, para a própria escolha do mecanismo que será utilizado em face de determinado conflito.

Quanto ao abandono do litígio, caso uma parte realize uma análise de risco jurídico precisa o suficiente para lhe informar que suas chances de êxito numa determinada ação são desprezíveis, ela pode não ajuizar determinada medida judicial ou reconhecer a procedência do pleito da contraparte e evitar o pagamento dos juros, custas, honorários, despesas sucumbenciais e demais custos envolvidos na ação.

Ainda que existam chances de êxito, se munida da informação precisa quanto aos riscos e custos envolvidos, a parte litigante estará numa posição privilegiada para recorrer aos métodos autocompositivos como negociação, mediação e conciliação. Gico Júnior e Arake (2019) também auxiliam na compreensão dessa dinâmica:

Entretanto, o litígio é o resultado da incapacidade de as partes alcançarem um acordo, e essa incapacidade decorre de **estimativas diversas de autor e de réu das chances de sucesso de cada um**, e, assim, de uma incapacidade em se concordar com o retorno esperado do litígio.
(grifos adotados)

Ora, se a incapacidade de se alcançar um acordo decorre do desencontro entre estimativas, uma estimativa mais precisa é muitíssimo útil nesse contexto. Caso ambas as partes conheçam com bastante precisão os riscos a que estão expostas, a tendência é que consigam encontrar um acerto que corresponda à realidade do litígio.

Caso apenas uma delas detenha essa informação, existe uma chance considerável de que ela possa se aproveitar disso para ceder menos do que estaria disposta dar em eventual acordo ou exigir mais do que aquilo que estaria disposta a aceitar.

A situação não é diferente se a opção for pelo método heterocompositivo. Uma boa análise de risco jurídico é importante para dimensionar, por exemplo, se a inserção de uma cláusula compromissória²² no bojo de um contrato é interessante para uma empresa.

Explica-se: o instituto da arbitragem traz consigo vantagens como a celeridade e a capacidade técnica dos julgadores, usualmente escolhidos por sua expertise no tema em debate. Por outro lado, a jurisdição privada é, via de regra, mais custosa do que a estatal.

Considerado esse fato, imagine-se uma situação em que, após a devida análise do risco jurídico, uma empresa detém a informação de que sua chance de perda é bastante elevada no Judiciário e de que essa realidade está associada ao fato de que os julgadores não são versados nas matérias que usualmente aparecem como pano de fundo em seus principais processos – contabilidade, engenharia ou finanças.

A partir da análise realizada, ela poderá inserir em seus contratos uma cláusula compromissória que coloque como condição ao exercício do papel de árbitro uma especialidade determinada – bacharelado em contabilidade, mestrado em engenharia ou doutorado em economia.

Nessa hipótese, os custos associados à opção pelo instituto da arbitragem – eg. remuneração dos árbitros especialistas e da câmara escolhida – devem ser inferiores

²² Lei 9.307/96, art. 4º: A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

àqueles relacionados à provável derrota no Judiciário, aferido a partir da devida análise de risco jurídico.

Em outras palavras, a comparação entre o preço do risco jurídico na jurisdição estatal e o preço do risco jurídico na jurisdição arbitral deve ser capaz de comportar os custos da opção pela arbitragem.

A análise de risco também exerce um importante papel na defesa dos interesses dos litigantes no Judiciário em si. A decisão de interpor, ou não, determinado recurso é um bom exemplo disso.

Como indicam, novamente, Gico Júnior e Arake (2019): *“no exercício da decisão de recorrer ou não de uma decisão judicial, seria interessante para a parte interessada ter o conhecimento da probabilidade de sucesso de seu pleito.”*

O correto dimensionamento da probabilidade de êxito de um recurso pode evitar a majoração dos ônus sucumbenciais em caso de insucesso (art. 85, § 11, do CPC) ou até mesmo justificar uma abordagem mais diligente junto ao Tribunal com a realização de despachos, a apresentação de memoriais e a realização de sustentação oral.

Outro exemplo é a decisão de impugnar um cumprimento de sentença. Considerado o disposto pelo art. 523, §1º, do CPC, fazê-lo quando a probabilidade de êxito é baixa ou inexistente significa, basicamente, optar pelo pagamento de uma multa de dez por cento e de honorários de advogado, também de dez por cento, uma escolha pouco racional – considerado um cenário em que o litigante tenha condições de adimplir tranquilamente a obrigação em questão.

Tomados esses diversos exemplos, vê-se que a análise de risco jurídico não só tem uma repercussão evidente nas contingências das empresas e, por consequência, nas decisões de seus administradores e *stakeholders* como também permeia outras questões práticas importantes.

A atividade jurídica pode exigir que a parte escolha: litigar ou não, dar início a um procedimento de mediação ou conciliação, entabular um acordo, optar pelo instituto da arbitragem, recorrer ou não, impugnar ou não um cumprimento de sentença.

Vê-se, portanto, que a análise de risco jurídico, que é, via de regra, uma consequência da opinião de um especialista tem repercussões práticas relevantes.

Esse apanhado de situações e exemplos tangibiliza o impacto das análises e permite que o raciocínio seja retomado de uma forma menos abstrata.

A questão quanto à possibilidade de diminuição da margem de erro de uma análise de risco jurídico pode ser feita de uma forma mais específica a depender do caso. São exemplos:

- i. as provisões e os passivos contingentes da empresa em que **trabalho** estão subdimensionados ou exagerados?
- ii. as provisões e os passivos contingentes da empresa em que **invisto** estão subdimensionados ou exagerados?
- iii. as provisões e os passivos contingentes da empresa que **assessoro** estão subdimensionados ou exagerados?

Ou, ainda:

- iv. devo discutir esse caso em juízo?
- v. devo reconhecer o pleito da contraparte nesse caso?
- vi. devo optar por uma mediação, conciliação ou negociação nesse caso?
- vii. devo optar pela arbitragem para dirimir casos dessa natureza?
- viii. devo interpor um recurso nesse caso?
- ix. devo impugnar esse cumprimento de sentença?

Ainda que sua utilidade esteja refletida e exemplificada acima, a questão que dá sequência ao presente trabalho remanesce a mesma: **é possível diminuir a margem de erro da análise de um risco jurídico?**

4. É possível diminuir a margem de erro da análise de um risco jurídico?

4.1 Análise doutrinária

Rodrigo Bernardes Ribeiro e Elidie Palma Bifano apresentam em seus trabalhos conclusões que auxiliam na resposta à pergunta posta.

Bifano (2015) ao final do tópico que dedica ao trato do risco afirma:

Rigorosamente, o mais importante novo dado de avaliação é a convicção da saída ou não de recursos, a partir de elementos técnicos de quem avalia a contingência, no caso o advogado como acima comentado. Não nos parece, entretanto, que os novos critérios contábeis tenham trazido qualquer elemento que possa aperfeiçoar o julgamento do advogado, remanescendo as mesmas dificuldades diante de um cenário jurisprudencial movediço e, quase sempre, desvinculado de qualquer contemporaneidade com os elementos que ensejaram a decisão empresarial adotada e propiciaram o nascimento da contingência.

Em conclusão, seguem os advogados responsáveis por avaliar riscos, sem melhores parâmetros para assim fazê-lo. O administrador diligente confia em seu advogado, **mas não dispõe de qualquer outro melhor elemento de aferição desse risco do que o conhecimento, a cautela e a prudência desse profissional.**

(grifos adotados)

O parecer da Autora é no sentido de que a confiança na avaliação de risco do advogado é a melhor ferramenta disponível, entendida como uma decorrência do *“conhecimento, [da] cautela e [da] prudência desse profissional.”*

Ribeiro (2016) adota uma posição convergente, como fica claro no seguinte trecho do capítulo de seu trabalho *“4 - A OPINIÃO DE ESPECIALISTAS E AS DIFICULDADES EM AVALIAR INCERTEZAS JURÍDICAS”*:

Em síntese, **a opinião dos advogados parte do pressuposto que sua interpretação é a melhor possível da matéria jurídica em análise e vai sendo dosada a partir da opinião de outros advogados e de juízes em casos análogos, apoiando-se, desse modo, a probabilidade de perda ou ganho, nessas duas percepções: “o que eu acho” e “o que os outros acham ou acharam, com base no que eu consigo perceber”**. Note-se que esta última percepção não se projeta exatamente para o futuro (“o que os outros acharão”), ou seja, não busca determinar o futuro, haja vista sua em prefácio à obra de característica indeterminável, como pondera Raffaele De Giorgi Gonçalves, mas apenas evidenciar as expectativas de que o mesmo comportamento hermenêutico verificado ou verificável no presente repita-se no futuro.

A opinião de especialistas, portanto, certamente não é a mais precisa ferramenta para se avaliar riscos e incertezas e estimar as probabilidades de suas ocorrências e impactos, mas diante das próprias peculiaridades do Direito **ainda se mostra o melhor mecanismo disponível**, de modo que não surpreende que ela seja indicada nas notas explicativas das provisões e dos passivos contingentes, como apontado no capítulo anterior.

(grifos adotados)

Entendimento que é reforçado no item “4.6 Conclusões” do referido capítulo:

As peculiaridades e incertezas inerentes ao próprio Direito e a indeterminação do futuro, por sua vez, além de impedirem que se cobre uma maior objetividade ou acerto das opiniões jurídicas, exigem que as opiniões dos assessores jurídicos sejam respeitadas. **Em outras palavras, embora estas não sejam as ferramentas mais precisas, elas ainda se mostram o melhor mecanismo disponível.** (grifos aditados)

As conclusões desses autores evidenciam uma premissa clara: a opinião do advogado é a melhor ferramenta disponível para análise de um risco jurídico.

As justificativas para a adoção dessa premissa também se assemelham: o “cenário jurisprudencial movediço” ou “[a]s peculiaridades e incertezas inerentes ao próprio Direito e a indeterminação do futuro”. Razões essas que afastariam “qualquer outro melhor elemento de aferição desse risco”, além de “impedirem que se cobre uma maior objetividade ou acerto das opiniões jurídicas”.

Insertas nesse raciocínio estão as propostas apresentadas para a melhora da análise de risco jurídico e, via de consequência, para a diminuição de sua margem de erro.

Bifano (2015) aconselha o administrador que se defronta com a necessidade de avaliar riscos jurídico-tributários da seguinte forma:

Diante do complexo cenário que se expôs e das dificuldades que se apresentam para uma adequada avaliação do risco tributário, o administrador deve:

- i) Informar-se sobre o conteúdo, montante e contexto das questões tributárias que envolvem contingências;
- ii) Selecionar, no universo das questões consideradas como contingências, as que se enquadrem como riscos patrimoniais mais relevantes;
- iii) Organizar reuniões periódicas com os responsáveis pelas matérias mais sensíveis, com o fito de inteirar-se do andamento e das novidades que envolvam o universo de temas relevantes selecionados;
- iv) Mapear as consequências patrimoniais, inclusive reputacionais, que cada caso selecionado pode atrair;
- v) Discutir a qualificação de cada contingência, gerenciando a necessidade ou implementação de eventual alteração de classificação;
- vi) Avaliar a razoabilidade de manter demandas e disputas envolvendo contingências cujo desfecho pode não se mostrar favorável à empresa;
- vii) Identificar, se for o caso, ações mitigatórias nas situações em que elas sejam aplicáveis;
- viii) Acompanhar a elaboração das notas explicativas que informam o mercado sobre as contingências;
- ix) Acompanhar, de perto, todos os casos envolvendo contingências e mais especialmente aqueles selecionados por seu vulto e/ou repercussão, até decisão final transitada em julgado;
- x) Desenhar política sobre os procedimentos que devem ser adotados em relação à mensuração e qualificação de riscos, levando-a ao conhecimento de todos os níveis da empresa envolvidos com risco tributário”.

Os apontamentos da Autora são, basicamente, instruções para a condução de uma boa governança corporativa. Em igual sentido se posicionam Filho e Gonzales (2016)²³, conforme exemplificado pelo excerto abaixo:

Um departamento jurídico bem constituído, autônomo, com uma consolidada rotina de análise e mensuração de riscos, poderá enxergar com maior minúcia eventuais fragilidades que possam ser mitigadas, ou completamente extirpadas, além de se coadunar aos princípios e práticas de uma boa Governança.

É inegável que a governança corporativa, com a implementação de boas práticas e políticas de risco no âmbito empresarial, tem um papel de extrema relevância para o aperfeiçoamento da análise de risco jurídico.

Entretanto, as respostas oferecidas por esses autores não satisfazem a questão delineada nesse trabalho.

Inicialmente, porque partem da perspectiva da empresa, ou seja, sugerem o que os empresários ou as instituições financeiras podem fazer para aperfeiçoar as avaliações de risco que realizam. O debate aqui colocado, porém, toma a perspectiva do especialista consultado, o profissional do direito ou advogado.

Também porque não focam na análise em si, mas em fatores que circundam a sua realização, como a estruturação do departamento jurídico ou a periodicidade das reuniões realizadas entre os gestores.

Ribeiro (2016), em que pese às conclusões já indicadas, apresenta reflexões e sugestões mais profundas sobre o problema da precisão na análise de risco jurídico²⁴.

Ele identifica alguns problemas inerentes à análise de risco jurídico como ela é realizada hoje. Os problemas identificados estão em grande medida associados à subjetividade, como fica claro no trecho a seguir (RIBEIRO, 2016):

As opiniões jurídicas, portanto, retratam uma interpretação possível do Direito, de modo que sua emissão apresenta, além das complexidades práticas, diversas dificuldades e restrições de cunho hermenêutico, como a necessidade de lidar e dar concretude a conceitos abstratos e equilibrar valores e princípios que orientam o ordenamento, **o que apresenta um forte contingente de subjetivismo.**

²³ Os autores tratam no artigo em questão exatamente da relação entre governança corporativa e análise de risco jurídico no âmbito das instituições financeiras.

²⁴ Vale dizer que o Autor tem por foco em seu trabalho os riscos jurídico-tributários, que carregam consigo peculiaridades inerentes ao tratamento desse campo jurídico pelos julgadores brasileiros. De todo modo, as percepções de Ribeiro são úteis para uma análise mais ampla do tema.

Em outras palavras e sem adentrar à discussão filosófica sobre objetividade e interpretação, pode-se afirmar que as opiniões jurídicas refletem a visão do Direito percebida por seu emissor a partir do seu referencial técnico-teórico, valorativo e também prático.
(grifos adotados)

A ideia é a de que a complexidade do “*Direito*” se associa à subjetividade do emissor da opinião jurídica, o que pode impactar de forma negativa sua capacidade analítica. Essa abordagem é aprofundada em outros trechos do texto, como (RIBEIRO, 2016):

O reconhecimento e cumprimento de uma obrigação tributária, portanto, envolve uma análise de riscos e incertezas e consequentemente a implementação de mecanismos que visem minimizar as chances de erro nessas análises, **seja por conta de limitações técnicas individuais, seja em virtude de vieses cognitivos** (e.g. otimismo ou pessimismo infundado ou excessivo), como a “formação de comitês interdepartamentais [...], com pessoas que incorporem diferentes perfis, idades, experiências anteriores (background)”, como exemplifica a autora.
(grifos adotados)

E também (RIBEIRO, 2016):

Trazidas tais ponderações para análise de riscos e incertezas, pode-se afirmar que a percepção do advogado será sempre orientada, em menor e maior grau, não apenas **pelo histórico de suas experiências profissionais e possível envolvimento emocional com a tese defendida nas cortes, mas também pelas suas próprias convicções do Direito.**
(grifos adotados)

Como se observa, a noção daquilo que seria “*um forte contingente de subjetivismo*” é materializada em exemplos que incluem vieses cognitivos e até mesmo limitações técnicas individuais.

O segundo trecho, aliás, é bastante claro ao apontar que as próprias convicções do especialista sobre o direito interferem em sua análise. Mais do que isso, ele indica que fatores como o histórico de experiências profissionais e o possível envolvimento emocional com a tese são capazes de interferir nesse julgamento.

A pesquisa realizada por Costa (2013) suscita questões semelhantes ao debater a atuação de contadores de diferentes países no tratamento das contingências:

Além do setor, o fator cultura pode influenciar nas práticas contábeis das empresas (GRAY, 1988; NOBES, 1998; GUENTHER e YOUNG, 2000; HUNG, 2000; ALI e HWANG, 2000; BALL ET AL., 2000; HOPE, 2003; BARNIV ET AL., 2005; NOBES, 2006; DOUPNIK e RICCIO, 2006; TSAKUMIS, 2007) e, por consequência, na forma de evidenciação e

mensuração dos valores contingentes. A mesma situação de risco, porém em países diferentes, pode apresentar diferentes tratamentos, **pelo simples fato de ser analisada por contadores com formações e influências completamente diferentes**. Assim, a influência cultural histórica legal (sistema legal) e social (valores culturais) das empresas foram analisadas. (grifos adotados)

A dissertação conclui pela confirmação da influência do fator cultura no dimensionamento dos “*valores contingentes*” por esses especialistas, o que se comunica com o raciocínio já exposto.

Ribeiro (2016) não ignora o fato de que existem mecanismos capazes de diminuir a influência desses fatores na análise e inclusive indica, como Bifano (2015) e Filho e Gonzales (2016), a governança corporativa como um instrumento de aperfeiçoamento.

A abordagem de sua dissertação, porém, se distingue por aprofundar-se nos aperfeiçoamentos que sugere. Inspirado nos ensinamentos do guia PMBOK^{®25} e dos materiais produzidas pelo COSO^{®26}, ele apresenta conhecimentos e instrumentos advindo do campo da gestão de riscos, usualmente aplicados em outras áreas, e propõe a sua utilização para a realização da análise de riscos jurídicos, com a indicação das devidas justificativas.

Vale-se do guia PMBOK[®], por exemplo, para reforçar o argumento de “*que '[a] parcialidade dos especialistas deve ser levada em consideração'*” (RIBEIRO, 2016).

Indica também o uso das orientações do COSO[®] sobre gerenciamento de riscos como meio capaz de auxiliar a avaliação dos riscos jurídicos e minimizar as incertezas associadas ao dimensionamento dos riscos jurídico-tributários, nos seguintes termos (RIBEIRO, 2016):

É certo, assim, que o controle de riscos integra a governança corporativa, sendo uma responsabilidade da empresa como um todo, como inclusive ressaltam as orientações do COSO e está sintetizado na sua definição de gerenciamento de riscos abaixo transcrita:

O gerenciamento de riscos corporativos é um processo conduzido em uma organização pelo conselho de administração, diretoria e demais empregados, aplicado no estabelecimento de estratégias, formuladas para identificar em toda a organização eventos em potencial, capazes de afetá-la, e administrar os riscos de modo a mantê-los compatível

²⁵ O PMBOK[®] se define como um guia de conhecimentos em gerenciamento de projetos.

²⁶ *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*, organização norte-americana vocacionada ao combate de fraudes no âmbito corporativo.

com o apetite a risco da organização e possibilitar garantia razoável do cumprimento dos seus objetivos.

O gerenciamento de riscos não é uma atividade estanque, mas sim formada por várias etapas que se repetem de forma cíclica e que envolvem:

- [(a) planejamento do gerenciamento de riscos, com alinhamento do apetite de risco, desenho de processos e atribuições de responsabilidades;
- (b) identificação de riscos;
- (c) avaliação de riscos, com priorização em função de suas probabilidades e impactos;
- (d) planejamento de resposta aos riscos de acordo com sua importância, o que abrange mitigá-los ou compartilhá-los com terceiros, mas também ignorá-los ou aceitá-los; e
- (e) o monitoramento e controle, que podem resultar na identificação de novos riscos ou na mudança de respostas previstas, por exemplo.]

Essa fórmula é também compartilhada por outros campos do conhecimento, como o gerenciamento de projetos aqui mencionado. As orientações do COSO, porém, buscam abordar todos os níveis de gestão das empresas e ambos os ambientes em que ela está inserida, interno e externo, abrangendo assim quatro principais categorias de objetivos (estratégicos, operacionais, comunicacionais e de conformidade).

(...)

Os desenhos dos processos de controle de riscos orientados pelas diretrizes do

COSO, portanto, penetram e integram vários departamentos e órgãos da empresa e visam dentre outras coisas: manter um registro histórico dos resultados dos litígios em que a empresa se envolveu, bem como de casos paradigmas, que possam auxiliar na avaliação das incertezas; implementar tecnologias e rotinas de arquivamento de documentos e informações que possam ser úteis às defesas em litígios tributários e cuja falta ou disponibilização intempestiva aos advogados podem aumentar as chances de perda; monitorar situações fáticas que possam gerar débitos fiscais inesperados; controlar a seleção de escritórios de advocacia para defender a empresa em seus litígios, de modo a reduzir os riscos de perdas por falhas na prestação dos serviços jurídicos; promover a discussão das teses de defesa a serem utilizadas, como elucidação de pontos sensíveis, entre outros, como ilustra Luciana Aguiar.

O Autor, portanto, reconhece a importância da governança corporativa e se debruça sobre o tema. Todavia, ao abordar o mecanismo de auditoria externa, por exemplo, pontua (RIBEIRO, 2016):

A parcialidade, assim compreendida como a possível existência de vieses cognitivos, tem maior probabilidade de ocorrer quando as opiniões são emitidas pelos advogados que conduzem a causa e consequentemente estão mais envolvidos emocionalmente com a tese de defesa. Tais opiniões integram os chamados “relatórios de contingências” que são solicitados anualmente pelas auditorias externas (independentes) para análise das provisões constituídas e da divulgação de passivos contingentes apontados pelas empresas e que contêm dados básicos dos litígios, como valores e histórico, e principalmente as percepções de probabilidade de perda ou ganho das ações. Não obstante, **mesmo nessa situação a opinião dos especialistas**

tende a prevalecer, até mesmo porque estes conhecem os detalhes do processo e da tese adotada. A minimização de possíveis otimismo ou pessimismos excessivos costuma ser feita a partir dos debates das classificações de risco nos mencionados comitês ou por meio de solicitação de esclarecimentos feitos pela própria empresa ou por seus auditores independentes, quando verificada alguma discrepância com casos análogos. (grifos adotados)

Ou seja, aponta que, mesmo quando confrontada por um mecanismo de controle, a análise de risco jurídico eivada pela parcialidade do especialista pode prevalecer.

Note-se que, ainda diante de sugestões de aperfeiçoamento, as críticas colocadas por Ribeiro (2016) se mantêm.

Existem, por certo, atenuantes em sua abordagem, dado o fato de que ele ainda enxerga a opinião do especialista em direito como a melhor alternativa disponível, é o que se vê no trecho abaixo (RIBEIRO, 2016):

A estimativa da probabilidade de perda ou ganho pelos advogados, todavia, não é feita unicamente com base em sua percepção (“o que eu acho”), mas também é dosada pela percepção de outros advogados e dos juízes (“o que os outros acham ou acharam, com base no que eu consigo perceber”). As decisões judiciais em casos análogos e a opinião da comunidade de advogados ingressam como possíveis redutores de vieses ou parcialidades.

E, ainda, no seguinte trecho:

As opiniões dos assessores jurídicos sobre os riscos e incertezas jurídicas são a principal evidência a orientar a contabilização de obrigações e refletem uma possível interpretação da matéria jurídica, isto é, a visão do Direito percebida por seu emissor a partir do seu referencial técnico-teórico, valorativo e também prático. A existência de vieses ou simplesmente o fato das opiniões jurídicas refletirem a experiência profissional dos seus emissores não invalida as suas conclusões ou as tornam imprestáveis para efeitos de avaliação de riscos e incertezas. Em verdade, isso é inerente a toda e qualquer opinião de especialista.

Em síntese, Ribeiro defende de maneira acertada a existência de fatores que mitigam a parcialidade dos advogados e reconhece que fragilidades como essa são inerentes as opiniões de qualquer especialista.

A partir dessas reflexões sobre as fragilidades da análise de risco jurídico, ele apresenta suas sugestões de aperfeiçoamento no que diz respeito à análise de risco jurídico em si, objeto em estudo, e, novamente inspirado pelo conhecimento em gerenciamento de projetos, as sintetiza da seguinte maneira (RIBEIRO, 2016):

A inserção das opiniões em processos ou instrumentos de governança, por seu turno, serve para complementar as avaliações dos advogados ou, no máximo assegurar, a sua qualidade, por meio da seleção dos melhores especialistas ou dos escritórios mais conceituados, especialmente em grandes litígios tributários, mas também à contratação de dois ou mais pareceres de profissionais distintos, além de suas discussões internamente.

A elucidação das características básicas e comuns dos riscos e incertezas, por sua vez, ajuda a melhorar a sua compreensão e permite trazer definições do que se pode compreender como “risco jurídico-tributário” e que auxiliem o seu gerenciamento. Além disso, evidencia que algumas ferramentas utilizadas por outras áreas do conhecimento podem ser adaptadas ao Direito, em adição (e não substituição) ao que já existe.

Do gerenciamento de projetos, **extraímos três ferramentas que pensamos que possuem aptidão de serem aplicadas ao Direito**, a depender da análise do seu proveito caso a caso (custo-benefício), a saber:

- (a) técnicas dos cinco “porquês” e [dos] cinco “e daí” (ou análise de causas-raízes e consequências);
- (b) utilização da escala Linkert numérica para avaliação de probabilidade, impacto e importância, bem com a exposição dos riscos em listas, de modo a facilitar sua discussão e acompanhamento e permitir um cálculo de risco geral a ser enquadrado nas categorias previstas no CPC 25 (provável, possível e remoto); e
- (c) aplicação da técnica Delphi.

As sugestões em questão não são necessariamente independentes, como bem explica o Autor, e podem ser aplicadas, ou não, a depender do caso, de forma conjunta ou individual.

Em sua primeira sugestão, ele propõe que a avaliação do risco jurídico contenha um processo de análise de causa raiz, que conceitua da seguinte maneira: “*A análise de causa-raiz, portanto, é uma técnica que busca elucidar as possíveis fontes de um risco identificado ou já ocorrido*” (RIBEIRO, 2016).

Em complemento, coloca as técnicas dos cinco “porquês” e a dos cinco “e daí” como forma de proceder esse processo, numa dinâmica em que os potenciais riscos seriam identificados pelas respostas dos “porquês” e suas consequências pelas respostas aos “e daí”.²⁷

No que importa ao presente estudo, o Autor empresta-se do conhecimento de outras áreas para dar início à construção do que seria uma metodologia ou racionalidade capaz de subsidiar a análise de riscos jurídicos. A consequência prática do uso do método em questão seria, nas palavras de Ribeiro (2016):

²⁷ Ribeiro (2016) exemplifica a aplicação da técnica no item “4.5 Um exemplo da aplicação da ferramenta dos cinco “porquês” e a EAR Jurídica correspondente” de sua dissertação.

A compreensão da causa, por seu turno, **permite não apenas identificar outros riscos por ventura despercebidos, mas também melhor avaliá-los sob o aspecto da probabilidade da sua ocorrência e descobrir maneiras de reduzi-la.** Além disso, permite a construção de uma EAR Jurídica a ser mantida pela estrutura de governança e fornecida como subsídio aos assessores externos em futuras demandas, para auxiliar a emissão de opiniões.

(...)

A avaliação das consequências dos riscos identificados por meio de técnica semelhante (cinco “e daí”), por seu turno, **auxilia a estimar os impactos e possíveis respostas ao risco.**

(grifos adotados)

A segunda sugestão é a utilização da escala Likert para avaliação e gestão de riscos jurídicos, que é vista pelo Autor como *“ferramenta é essencial para a avaliação de probabilidade e impacto e consequentemente para o cálculo da importância ou exposição ao risco”* (RIBEIRO, 2016).

Trata-se de um mecanismo capaz de retratar e consolidar os riscos sob avaliação dos especialistas com o uso de escalas, níveis e matrizes. Uma matriz de probabilidade e impacto, por exemplo, pode *“ser delimitada para se enquadrar nos níveis qualitativos previstos no CPC 25 (provável, possível e remoto)”* (RIBEIRO, 2016).

Em síntese, Ribeiro descreve o potencial uso de mais uma ferramenta testada para a gestão de projetos, na dinâmica da análise de riscos jurídicos.

A terceira e última sugestão refere-se à utilização da técnica Delphi que é descrita de forma bastante clara por Ribeiro (2016) que se aproveita da obra de Cierco (2015) para tanto:

Por fim, outra ferramenta que pode ser utilizada ou adaptada à rotina de obtenção de dois ou mais pareceres é a **técnica Delphi**, que consiste numa maneira de tentar obter um consenso entre especialistas e minimizar as suas parcialidades, como resume a doutrina:

Outra ferramenta de criatividade que pode ser usada para identificar os riscos é a técnica Delphi (Gordon, 1994). Trata-se de uma técnica de entrevista anônima e pode ser usada quando há dificuldade de se reunirem os participantes ou quando o sigilo de quem gerou tais ideias é importante. Os participantes devem receber a documentação com antecedência para que possam examiná-la, e cada participante gera uma lista de riscos de forma individual, enviando-a anonimamente para o facilitador. O facilitador consolida a lista e a reenvia para os participantes, que podem incluir novas ideias, num processo iterativo. Há diversos softwares que auxiliam nesse processo (alguns exemplos são: FreeMind, MindGenius, MindManager).

Observe-se que não se trata de obter dois pareceres jurídicos distintos, mas sim fazer com que os especialistas dialoguem anonimamente, um com o outro, acerca dos problemas que envolvem determinada matéria ou projeto, não se limitando, portanto, à consistência jurídica das exigências, mas

podendo abranger outras questões, como, por exemplo, o perfil pró ou contra contribuinte de um órgão julgador, o tempo de tramitação de um processo ou mesmo a aceitabilidade de uma determinada garantia processual.
(grifos adotados)

O que se observa é que a técnica sugerida, caso utilizada, integrará a forma pela qual a opinião do especialista será produzida, ou seja, ela funciona como parte de uma metodologia de análise.

Ribeiro (2016), portanto, ao tratar dos riscos jurídico tributários, se aprofunda em possibilidades de aperfeiçoamento da análise de riscos jurídicos, que têm como consequência a diminuição de sua margem de erro.

O Autor toca com bastante profundidade questões associadas à governança corporativa, mas vai além. Ele sugere ferramentas capazes de integrar aquilo que seria um método voltado ao exercício dessa tarefa e dá passos na direção do que seria uma rotina exigível profissional que avalia um risco jurídico.

Como ele bem destaca, ainda apegado à opinião dos assessores jurídicos como melhor solução, a inserção dessas técnicas nos processos de governança já existentes seria um facilitador (RIBEIRO 2016):

Com isso não estamos propondo que se deva abandonar as opiniões dos assessores jurídicos ou mesmo abordar a condução das ações judiciais como projetos, de modo a conferir-lhes uma complexidade desnecessária; mas apenas identificamos algumas ferramentas que pensamos que podem ajudar os advogados em suas opiniões ou mesmo facilitar a discussões de suas classificações de risco dentro dos processos de governança já existentes e, consequentemente, facilitar o julgamento contábil.

A utilização da técnica Delphi, da dos cinco "porquês", da dos cinco "e daí" e da escala Linkert, permitiria, por exemplo, que houvesse um mapeamento das incertezas envolvidas e dos parâmetros utilizados na análise. Permitiria também demonstrações claras dessa realidade com o acompanhamento de sua evolução por aquele envolvido no litígio, além da mitigação da subjetividade da análise e a revelação ou a consideração de questões que usualmente não receberiam o tratamento adequado.

Os avanços indicados por Ribeiro (2016) teriam, por certo, um papel relevante e já poderiam estar em uso nos escritórios e departamentos jurídicos brasileiros há alguns anos, caso houvesse maior preocupação com a precisão da análise de riscos no meio.

A técnica dos cinco "porquês", por exemplo, integrava o sistema Toyota de produção, que ficou célebre como uma das razões do bom desempenho econômico das empresas japonesas a partir do final da década de 70 / início da década de 80 (OHNO,

1997), e tem sido debatida, adotada e aperfeiçoada desde então por diversas iniciativas, em diversas áreas e em diversos lugares do mundo.²⁸

A técnica Delphi remonta a uma época semelhante, pois consta de obra publicada por Norman C. Dalkey em 1969 (DALKEY, 1969), tendo sido resultado de um projeto realizado pela força aérea dos Estados Unidos da América em 1968, já a técnica Likert é objeto de artigo publicado por Rensis Likert em 1932 (LIKERT, 1932).

Em outras palavras, esse conhecimento existe há décadas e poderia ter sido estudado, analisado, adaptado e aperfeiçoado para a realidade do direito, assim como muitas outras técnicas e métodos, o que propiciaria a existência de formas definidas para mensuração e demonstração de riscos jurídicos, ou seja, o aperfeiçoamento dos profissionais que realizam essa tarefa e a diminuição da margem de erro inerente a ela.

Essa conclusão, por si só, já abre múltiplas portas para a realização de pesquisa e o aprofundamento desse intercâmbio entre campos do conhecimento para a construção daquilo que seria a técnica jurídica para avaliação e gestão de riscos.

Há de se considerar, porém, que Ohno tratava dos “5 *Why's*” na década de 70, que Dalkey expunha a técnica Delphi ao final da década 60 e que Likert descrevia sua técnica na década de 30.

Os anos do 20 do século XXI permitem, além do uso de técnicas validadas e comprovadas, a busca por soluções mais arrojadas, que incluam tecnologias como *Big Data*, mineração de dados e inteligência artificial, por exemplo.

Essa intenção se comunica com uma questão já abordada e repetida nesse trabalho: “*Qual o melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos?*”.

Não é necessário esperar que as fragilidades das análises realizadas fiquem claras ou que problemas graves ocorram para buscar o aperfeiçoamento da capacidade de mensurar riscos no campo do direito. O raciocínio de Costa (2013) que tangencia a Crise de 2008 contribui para a compreensão disso:

A crise financeira de 2008 despertou a atenção para, entre outras coisas, os instrumentos financeiros e seus métodos de mensuração e evidênciação. Darós e Borba (2005) demonstraram que empresas brasileiras não estavam

²⁸ Card (2016), por exemplo, aponta o fato de que a técnica em questão é amplamente ensinada na área da **saúde**, além de ser promovida por organizações dedicadas à qualidade e segurança dos serviços de saúde. O Autor tece críticas quanto a utilização inadequada da técnica e busca delimitar os melhores usos dessa abordagem em seu campo.

evidenciando seus instrumentos financeiros em conformidade com normativo da CVM, afirmando que muitas empresas não demonstravam como esses instrumentos eram gerenciados.

É interessante notar como as pesquisas científicas podem contribuir de forma preventiva em relação a determinados assuntos, como o de instrumentos financeiros exemplificado no estudo de Darós e Borba (2005) que notaram problemas na evidenciação antes dos problemas (a crise de 2008) serem, de fato, expostos. **É importante indagar o que teria ocorrido se o assunto recebesse antes da crise a atenção que foi dada após o conhecimento dos ativos subavaliados que a geraram.**

(grifos aditados)

A partir dessa análise doutrinária e consideradas as conclusões e questões encontradas a partir dela, esse trabalho parte para sugerir aquilo que entende ser um caminho para que o direito se aproxime daquilo que seria o melhor que pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos.

4.2 Qual o melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos?

Com o objetivo de alcançar a resposta sugerida por esse trabalho, faz-se necessário abordar uma área em desenvolvimento no campo jurídico, cujo estudo fundamenta muitas das considerações tecidas daqui em diante: a Jurimetria.

Em que pese à semelhança entre os nomes, a Jurimetria é diferente da já citada Juseconomia, cuja premissa serviu de base para muitos dos argumentos já apresentados anteriormente.

Se por um lado a premissa Juseconômica auxilia na construção das perguntas colocadas aqui, a Jurimetria orienta a construção da principal resposta.

Em outras palavras, em adição à visão de que a escolha de litigar é uma escolha racional e pressupõe sejam ponderados custos e benefícios esperados (GICO JÚNIOR E ARAKE, 2019), há a intenção de se utilizar “*a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica*” (NUNES, 2016).

A utilização da metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica é, aliás, o próprio conceito de Jurimetria (NUNES, 2016).²⁹

²⁹ Importante, inclusive, antes de seguir às respostas sugeridas apresentar o seguinte esclarecimento feito Nunes (2016): É importante esclarecer que não estou negando aqui a importância para a Jurimetria do acúmulo de extensos bancos de dados e do desenvolvimento de computadores capazes de processar a análise dessas informações. O problema surge quando esses avanços tecnológicos, sem dúvida importantes, passam a ser confundidos como a própria essência da disciplina. As ferramentas tecnológicas da computação, largamente utilizadas pela Jurimetria, não devem ser confundidas com a sua metodologia, até porque computadores podem operar com outras linguagens que não a estatística e testes estatísticos podem ser realizados sem a intermediação de um computador. O computador é uma ferramenta e os dados são o insumo da Jurimetria.

Para os fins aqui pretendidos, a inserção da metodologia estatística, inspirada pelos estudos Jurimétricos, se somará à tecnologia para “*investigar o funcionamento*” da ordem jurídica brasileira com um objetivo bastante específico, analisar os riscos jurídicos inerentes a ela.

Ou, tomado como exemplo o objeto escolhido, propõe-se a utilização conjunta da metodologia estatística e da tecnologia para realizar análises de risco jurídicos, mais especificamente de contingências passivas oriundas de ações judiciais.

Essa proposta dialoga em grande medida com os próprios objetivos do campo de estudo, vez que, nas palavras de Nunes (2016) a Jurimetria visa:

(...) desenvolver um conjunto de generalizações capaz de explicar e prever o comportamento dos agentes envolvidos na produção e no cumprimento de normas jurídicas, cujo desempenho será positivo na medida em que essas generalizações forem capazes de prever os estados futuros desses comportamentos.

Em síntese, a Jurimetria propõe o uso da estatística no direito para que seja possível explicar e prever o comportamento dos agentes envolvidos, inclusive seus estados futuros, o exato objetivo aqui pretendido.

A principal diferença é o escopo, a Jurimetria enquanto ciência está vocacionada ao aperfeiçoamento da ordem jurídica, da capacidade de legislar e de julgar de um sistema jurídico. Aqui, o objetivo é aperfeiçoar a análise de risco jurídico feita caso a caso pelos profissionais do direito e o uso de técnicas estatísticas é um dos passos sugeridos.

Ribeiro (2016) chega a tangenciar essa proposta em sua dissertação de mestrado. Ele menciona a mensuração estatística, mas se afasta desse caminho ao, com fulcro na doutrina de gerenciamento de projetos, privilegiar a abordagem **qualitativa** em relação a abordagem **quantitativa**, nos seguintes termos:

A utilização de um método de avaliação ou outro está, portanto, muito atrelada ao benefício que se espera dele, sendo certo, por outro lado, que a **mensuração estatística envolve conhecimentos específicos e uma base histórica de dados confiável**, o que restringe sua aplicação, como ressalta a doutrina dessa área específica:

Normalmente, as organizações demonstram relativa dificuldade ou desconforto em estimar a probabilidade e o impacto de forma **quantitativa**, decorrente da ausência de dados históricos de experiências passadas, de referências tidas como benchmarks e da não-existência de especialistas com experiência em gerenciamento de riscos alocados à equipe de projeto. Dessa forma, é comum que as organizações sintam-se mais confortáveis em utilizar critérios

qualitativos na condução da análise de riscos. Qualificar é, geralmente, mais fácil e mais rápido do que quantificar, embora seja menos informativo.

(JOIA, Luiz Antonio [et. al.]. Gerenciamento de riscos em projetos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 90)

(grifos aditados)

Há, por certo, fundamento na justificativa apresentada. As consequências atribuídas por Ribeiro (2016) aos argumentos elencados, entretanto, parecem equivocadas.

No que diz respeito “*ao benefício que se espera*” a partir do uso da estatística e da tecnologia no âmbito do direito, vislumbra-se um potencial gigantesco.

O fato de o direito enquanto campo acadêmico e profissional poder ser equiparado às organizações que demonstram dificuldade e desconforto ao se utilizarem desses métodos quantitativos não muda isso. O reconhecimento desse fato apenas abre a porta para que essas dificuldades e desconfortos sejam enfrentados.³⁰

E é essa sugestão que se faz no presente trabalho: a utilização de ferramentas estatísticas e tecnológicas como solução para o aperfeiçoamento da análise de risco jurídico, com a consequente diminuição de sua margem de erro.

Se essa tarefa exige **conhecimentos específicos** e a construção de **bases históricas de dados confiáveis**, esta é a direção que deve ser tomada.

No que diz respeito às **bases de dados**, os desafios são grandes, mas as oportunidades são abundantes. Como já indicado anteriormente, existiam no Brasil em 2018 cerca de 78 milhões de ações em tramitação. Reside aí uma característica relevante para aplicação das soluções aqui propostas: **volume** (CNJ, 2019a).

Só em 2018 foram proferidas 32 milhões de sentenças e decisões terminativas. Considerada a existência de 15.618 magistrados de 1º Grau no país, trata-se de uma

³⁰ As críticas ao direito enquanto academia no Brasil não são raras dentro do próprio campo.

A capacidade de realizar estudos empíricos e utilizar métodos quantitativos é um dos pontos frequentemente escolhidos como alvo, por vezes até mesmo a possibilidade de que essa abordagem seja utilizada no campo é questionada, como abordam Fragalhe Filho e Veronese (2004). A obra de Nobre (2003), por exemplo, toca o tema e faz referência a fontes do final da década de 80 e início da década de 90 que teciam críticas semelhantes.

Os artigos mencionados datam do início dos anos 2000, mas a realidade não parece ter mudado drasticamente desde então. Há, todavia, estudos mais recentes que constatarem o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no país (LINS E HORTA, et al., 2014).

Algumas das críticas constantes das obras referidas poderiam inclusive recair sobre o presente trabalho, fato que não é ignorado pelo autor. Vale dizer, entretanto, que o conteúdo dessa monografia é, também, em grande medida, a manifestação da intenção de seguir com a pesquisa acadêmica dedicada ao estudo da análise de riscos jurídicos, inclusive com abordagens empíricas e o uso de técnicas quantitativas para tanto.

média de 2.048 sentenças e decisões terminativas por magistrado de 1º grau por ano (CNJ, 2019b).

Esse número pode ser enxergado como a **amostra** para o estudo do perfil de decisão de um magistrado a quem incumbe o julgamento de uma ação que deverá ser reportada na contingência. Se esse magistrado manteve essa **média** de produtividade nos últimos 5 anos, por exemplo, estar-se-ia falando de uma base de dados de 10.240 decisões terminativas e sentenças aptas a subsidiar a análise de risco.

Informações simples como saber se um juiz do trabalho decide na **maioria** dos casos a favor do empregado ou do empregador ou, ainda, qual a **proporção** da distribuição de suas decisões considerada essa variável já seria de grande ajuda.³¹

Ora, numa vara em que os magistrados decidem 90% dos casos em desfavor do empregador, devem haver razões muito robustas para justificar que o risco de condenação de uma empresa num processo em trâmite ali não seja classificado como provável em suas contingências e provisionado em seus balanços desde o início do processo.

O recorte também pode ser feito por assuntos, como deixa claro o item “*10 Demandas mais recorrentes segundo as classes e os assuntos*” do Relatório Justiça em Números do ano de 2019 (CNJ, 2019b).

O estudo revela, por exemplo, que o segundo assunto mais demandado na Justiça Estadual é a indenização por dano moral em decorrência da responsabilidade do fornecedor. São mais 1.554.376 processos, uma base de dados bastante representativa (CNJ, 2019b). Com esse volume de dados seria possível aferir com substância o risco de condenação ao pagamento de danos morais nas causas consumeristas distribuídas nas mais diversas varas do país.

Os exemplos do potencial de aperfeiçoamento de análise, porém, não estão restritos à primeira instância. Gico Júnior e Arake (2019), por exemplo, dedicam seu artigo a discutir algumas variáveis aplicáveis à rotina judicial, dentre as quais consta a **Taxa de Reversibilidade**, definida da seguinte maneira:

(...) a Taxa de Reversibilidade é a razão entre a quantidade de decisões judiciais revertidas pelo total de decisões recorridas de uma determinada

³¹ A análise sugerida também pode ser aplicada à outras áreas do direito, como saber se o magistrado decide mais vezes em favor do consumidor nos litígios consumeristas ou mais vezes em favor da União em causas fazendárias.

instância ou órgão julgador. Com ela pretendemos descobrir a relação (proporção) entre as sentenças apeladas que são reformadas e as que não são reformadas. Para tanto, devemos comparar, dentro de um universo de sentenças apeladas, quantas foram integral ou parcialmente reformadas e quantas foram mantidas

Com base nessa definição, os Autores descrevem uma situação prática em que a Taxa de Reversibilidade seria útil:

Assim, por exemplo, se uma parte está considerando interpor um recurso e sabe de antemão que a Taxa de Reversibilidade de um determinado juiz e/ou de uma determinada vara é baixa, **ele naturalmente levará em consideração essa informação na hora de realizar sua escolha.**
(grifos adotados)

A frase “*ela naturalmente levará em consideração essa informação na hora de realizar sua escolha*” pode ser interpretada para os fins do presente trabalho nos seguintes termos: a Taxa de Reversibilidade integrará análise de risco jurídico realizada pela parte e será uma variável relevante, caso a parte decida por seguir com o processo, na constituição de suas contingências.

As sintéticas digressões abordadas evidenciam a possibilidade de aplicação de técnicas **estatísticas** ao dia a dia do direito.

Respostas a perguntas simples como: “esse magistrado decide mais vezes a favor de quem?” ou, “esse magistrado tem muitas sentenças revertidas?” já seriam de grande ajuda. O aperfeiçoamento da análise de risco jurídico com o uso dessas ferramentas, entretanto, não estaria restrito a informações como essas. Questões mais sensíveis e até mesmo questões não antevistas poderiam ser exploradas.

Um bom exemplo é a discussão quanto ao efetivo valor agregado por determinado escritório ou advogado.

Paixão e Costa (2017) mostram isso ao perguntar quem são “*os melhores advogados criminalistas privados em termos de habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF)?*”.³²

Os professores apresentam um ranking que lista os advogados que mais venceram *habeas corpus* na Corte Suprema, nela constam alguns nomes reconhecidos no mercado jurídico mas faltam alguns outros.

³² Em que pese às peculiaridades inerentes ao contexto do direito penal, o estudo em questão serve de exemplo para outros campos do direito.

Ora, por certo é interessante saber, antes de pagar milhares de reais a um advogado, se ele libertou alguém com o uso de um *habeas corpus* nos últimos anos. A situação não é diferente nos campos cível, trabalhista ou tributário, o advogado contratado tem alcançado vitórias? Essa informação **deve** integrar a análise de risco que é reportada nas contingências.

Como se vê, as bases de dados existem. O termo usado por Ribeiro (2016), porém, foi “*bases de dados históricas confiáveis*”.

A expressão suscita uma importante necessidade que consiste em como traduzir as bases de milhões de processos e decisões disponíveis em informações de forma confiável.

A tarefa seria praticamente impossível há algumas décadas, entretanto, houve um importante avanço do Judiciário brasileiro que alterou esse cenário. Trata-se do processo judicial eletrônico.

Desde 2009, 108,3 milhões de casos em formato eletrônico ingressaram no Judiciário nacional, 20,6 milhões só no ano de 2018. Os casos iniciados pelo meio eletrônico já representam 83,8% do total. A Justiça do Trabalho, destaque no quesito, tem índices de informatização superiores a 98% (CNJ, 2019a).

Tais informações revelam que grande parte da gigantesca base de dados disponível para que seja aperfeiçoada a análise de risco jurídico já se encontra em formato digital.

Outro fato relevante é a adoção de um sistema padrão para gestão dessa base: o PJe. Já em 2018, o sistema em questão era utilizado por 71 dos 90 tribunais brasileiros, conforme informações oficiais (MONTENEGRO, 2018) e a tendência é que esse número siga aumentando.

Há, portanto, uma base em formato digital e que em poucos anos deverá estar acessível em um único formato de sistema, o que traz uma série de facilidades.

O desafio então consiste em transformar as informações de texto constantes nos portais de consultas aos processos e autos processuais eletrônicos em dados que permitam a realização das análises de risco (dados estruturados) e na própria realização das análises, mediante aplicação de métodos **estatísticos**.

O uso de conhecimentos específicos mencionado por Ribeiro (2016) entra justamente aí.

O próprio Autor, como já exposto, avança na construção de alguns dos conhecimentos específicos necessários para tanto, citem-se novamente as técnicas Delphi e Likert. A análise de causas raiz, por exemplo, pode muito bem orientar a construção de modelos estatísticos e algoritmos que tenham por objetivo mensurar riscos jurídicos.

Nunes (2016), ao tratar da Jurimetria, dedica todo o capítulo 3 de sua obra, “Métodos Estatísticos”, a apresentar conhecimentos básicos de estatística e exemplificar a sua potencial aplicação ao campo do direito. O Autor toca conceitos como: estatística descritiva, estatística inferencial, causalidade probabilística, erro estatístico, valor-p e significância, cujo entendimento é condição ao aperfeiçoamento das análises de risco jurídico.

As ferramentas mencionadas, oriundas dos campos da gestão de projetos e da estatística, são apenas uma amostra dos vastos conhecimentos disponíveis nessas áreas.

Da perspectiva tecnológica, já existem trabalhos voltados precisamente à aplicação concreta de conhecimentos específicos ao campo do direito.

Os trabalhos de Moraes (2019) e Aires (2019), por exemplo, integram um esforço direcionado à aplicação da técnica de análise de sentimentos aos julgamentos de mandados de segurança e reclamações pelo STF.

Aires (2019), inclusive, dedica seu capítulo 2, “Análise de Sentimento”, a explicar o que seria a técnica. O Autor passa por suas aplicações, por seus conceitos e se debruça sobre os métodos de aprendizagem conhecidos - baseado no léxico, supervisionado e híbrido. Ao tratar dos métodos supervisionados, por exemplo, chega a listar os algoritmos disponíveis:

Os algoritmos utilizados nessa abordagem são chamados de classificadores e os clássicos são: Naive Bayes (NB), Maxima Entropia (MaxEnt), Support Vector Machine (SVM), Multinomial Naive Bayes (MNB), Regressão Logística (RL) e Conditional Random Field (CRF).

Pelos exemplos trazidos, é fato que os **conhecimentos específicos** existem e estão disponíveis, seja para serem traduzidos ou transportados de outras áreas ou replicados e aprofundados no próprio campo do direito.

Existem, portanto, as bases de dados, que aliás são bastante robustas e encontram-se, em sua maioria, em formato digital, e os conhecimentos específicos.

Transformar essas bases em bases de dados confiáveis e os dados nelas disponíveis em dados estruturados, depende tão somente da aplicação dos conhecimentos disponíveis em outras áreas e no próprio campo do direito. Ou seja, de um esforço real direcionado a esse propósito.

Há, inclusive, iniciativas que evidenciam esse fato.

O portal JOTA lançou no final de 2019 uma ferramenta chamada “Aprovômetro” que aplica *machine learning* que utiliza um banco de dados de mais 123 mil proposições legislativas³³ apresentadas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal entre 1934 e 2019 para inferir a probabilidade de aprovação de projetos que tramitam hoje no Congresso Nacional (MARCELINO et. al., 2019).

Lacerda (2017), ao tratar da interação entre *Big Data* e algoritmos e o direito concorrencial brasileiro, já mencionava uma série de outros setores que fazem uso de ferramentas semelhantes:

In specific sectors, algorithms and machine learning have different applications. In the **health sector**, we can mention the use of algorithms to detect cancer, the use of machine learning algorithms to quantify knee osteoarthritis severity from X-ray images and the use of deep learning in pre-natal care.

Another sector that significantly relies on algorithms and machine learning is the **financial sector**. Financial markets players are increasingly adopting algorithmic trading strategies, using machine learning technology. Self-learning algorithms are better than humans to react rapidly to a market event. The so-called “algorithmic trading”, according to a news report, “**is responsible for nearly 70% of the trading done in Wall Street**”.³⁴
(grifos adotados)

Não bastassem os exemplos da análise política, do setor da saúde e do mercado financeiro³⁵, há iniciativas no próprio mercado do direito.

³³ O volume de proposições legislativas que integram o banco de dados do “Aprovômetro” se comparado com o número de processos pendentes no TJSP no ano de 2017, por exemplo, sequer alcança a proporção de **1%** (um por cento), já que o maior Tribunal do país em volume contava com 20.591.965 processos pendentes naquele ano (MONTENEGRO, 2018).

³⁴ A versão traduzida da citação consta do **Anexo B** desse trabalho.

³⁵ Salta aos olhos o fato de que técnicas e tecnologias dessa natureza já estão sendo aplicadas ao campo da análise política, além de serem largamente utilizadas no mercado financeiro. Áreas que não têm como objetivo intrínseco a uniformização de entendimento e a padronização das respostas oferecidas à sociedade.

Pelo contrário, a política é, por natureza, uma ferramenta utilizada para promover mudanças e o mercado financeiro tem como característica inerente a imprevisibilidade.

Já o direito estrutura-se para a padronização, pacificação e sedimentação de entendimentos, como indicam, por exemplo, os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência que integram o CPC 15.

A nível internacional, é possível citar a ArbiLex, startup que usa Inteligência Artificial para promover acordos em procedimentos arbitrais (DASO, 2020). A nível nacional, há a Terra Nova, startup que se propõe a utilizar a Jurimetria³⁶ para aumentar as chances de êxito e diminuir os custos jurídicos de seus clientes (TERRANOVA, 2019). Um de seus produtos é justamente o provisionamento jurídico, como consta de seu site.³⁷

Diante disso, a questão em debate pode ser respondida: qual o melhor que o direito pode oferecer ao oferecer ao quantificar e demonstrar riscos?

O melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos é uma análise de riscos jurídico que utilize tecnologia e trate estatisticamente os dados disponíveis.³⁸ O cenário, os conhecimentos, as ferramentas e os exemplos apresentados ao longo desse trabalho não deixam dúvida quanto a isso.

Caso se queira tornar tangível a resposta encontrada, com o uso do objeto escolhido, as empresas devem ser capazes de comparar objetivamente sua base atual de processos com o histórico de julgamentos de seus processos e dos demais processos encerrados ou em tramitação realizados no país, de modo a alcançar uma estimativa mais precisa e apta a subsidiar a elaboração de suas demonstrações.

Em outras palavras, a constituição das contingências se aproximaria daquilo que é o risco jurídico verdadeiro³⁹ e se distanciaria do risco mensurado a partir da subjetividade, da percepção e da experiência de um especialista específico.

Uma consequência intrínseca da solução proposta é a resposta da segunda questão colocada ainda no primeiro capítulo: é possível diminuir a margem de erro da análise de risco jurídico?

³⁶ Curiosamente, Marcelo Guedes Nunes, já citado aqui por sua obra no campo da Jurimetria (NUNES, 2016), integra o grupo de fundadores da startup.

³⁷ Disponível em: <http://trnv.com.br/conteudo/provisionamento-juridico/>. Acesso em: 13/03/2020.

³⁸ A resposta se coaduna com o disposto pelo CPC 25 na medida em que a norma contábil exige das empresas que suas demonstrações sejam elaboradas com base nas melhores estimativas disponíveis.

³⁹ A noção de risco jurídico verdadeiro dialoga com a construção da Jurimetria enquanto ciência, feita por Nunes (2016):

Em uma frase, a Jurimetria almeja descrever em detalhes, preferencialmente mensurando, o Direito verdadeiro. E o que é o Direito verdadeiro? Ele não é o artigo abstrato de um código abstrato de um código, que obtém sua validade através das autoridades que o promulgam, cuja competência para legislar, por sua vez, advém de outras normas, baseadas em outras competências, em uma pirâmide autossustentável de regras jurídicas. **O Direito verdadeiro corresponde às normas efetivamente aplicadas pelos tribunais**, que apresentam um nível mínimo de eficácia e que, excluindo outras normas de seu território jurisdicional, são obedecidas pelo seu destinatário. (grifos aditados)

Sim, é perfeitamente possível. Com o uso das ferramentas e conhecimentos exemplificados, ou seja, com a modernização e profissionalização do que é a análise de risco no âmbito do direito. Seja pelo aproveitamento ou pela tradução daquilo que é útil em outras áreas, seja pela construção de equivalentes no âmbito do direito orientada pela aplicação da estatística e da tecnologia.

Remanesce, assim, uma única questão a ser respondida: qual o impacto da diminuição da margem de erro da análise de risco jurídico?

5. Qual o impacto da diminuição da margem de erro da análise de risco jurídico?

O efeito imediato e mais intuitivo da diminuição da margem de erro da análise de risco jurídico ou do aumento de sua precisão, considerado o objeto em análise, é o incremento da confiabilidade das demonstrações contábeis das empresas naquilo que se refere às contingências associadas a controvérsias judiciais.

Efeito que, por si só, já justificaria o esforço direcionado a melhora.

Como já pontuado anteriormente, as demonstrações financeiras têm repercussões diretas e sensíveis na dinâmica do mercado, influenciam as decisões de gestores e as escolhas dos *stakeholders*.

Variáveis como a capacidade de tomar crédito e de captar investimentos estão diretamente relacionadas à realidade das empresas, traduzida por seus demonstrativos contábeis. Operações como fusões e aquisições, também já utilizadas como exemplo, têm interferências diretas dos passivos contingentes em todo o seu desenvolvimento, o que inclui a fase de negociação e a própria concretização do negócio.

Vale lembrar que, em linha com diversos dos números já indicados nesse trabalho, as contingências passivas das principais companhias e mercados brasileiros alcançam a ordem dos bilhões.

Numa estimativa grosseira, mas elucidativa, um aumento de precisão da ordem de 5% (cinco por cento) no volume das contingências divulgadas pelas “campeãs” no quesito em terras brasileiras no ano de 2008⁴⁰, por exemplo, significaria um acréscimo ou um decréscimo da ordem de R\$ 2 bilhões no mercado como um todo, número superior à **integralidade** das provisões do Itaú no de 2015, R\$ 1,5 bilhões.

A realização da mesma estimativa direcionada ao mercado bancário não é menos surpreendente, como o montante provisionado pelas 5 maiores instituições financeiras em 30/06/2015 alcançava o valor de R\$ 38 bilhões (FILHO E GONZALES, 2016), um aumento de precisão da ordem de 5% no cálculo que subsidia essas provisões teria um impacto direto de R\$ 1,9 bilhões nos balanços dos bancos em atividade no Brasil.

Desde uma perspectiva mercadológica, estar-se-ia falando em evitar que gestores, investidores e demais *stakeholders* assumam riscos que superam em milhões

⁴⁰ Os números encontrados por Von Knoblauch (2010) foram tomados como base.

ou bilhões aqueles devidamente conhecidos, caso as contingências estejam subdimensionadas. Mais do que isso, poder-se-iam evitar, inclusive, potenciais crises de empresas, setores e mercados relacionadas à não correspondência entre os ativos comercializados e à realidade.

Essas digressões se coadunam com a posição de Filho e Cleoman (2016) sobre o setor bancário:

Não há dúvidas de que a análise de risco jurídico influencia diretamente nos resultados apresentados pelas instituições financeiras. Como já citado, os montantes provisionados relativos ao passivo contingente e às obrigações legais, em apenas cinco instituições financeiras, ultrapassaram a ordem dos R\$ 38 bilhões;
(grifos aditados)

Costa (2013) esclarece a relação direta entre as contingências passivas e os resultados das empresas:

Os passivos contingentes estão relacionados com as provisões, no sentido de que quando a possibilidade de um passivo contingente ocorrer tornar-se maior, o passivo contingente pode se tornar uma provisão, afetando assim diretamente o resultado da empresa. O inverso é verdadeiro, no medida que quando uma provisão muda de quadro, não sendo mais provável que ocorra, ela pode ser revertida do resultado (**aumentando o lucro**) e eventualmente transferida para uma evidenciação de passivo contingente, caso o motivo de sua existência ainda não tenha chegado a um fim.
(grifos aditados)

O aumento de precisão também teria impacto direto no mercado jurídico. Como indica Ribeiro (2016), um levantamento realizado no de 2014 concluiu que:

(...) as empresas comprometem entre **1,5 e 2% de seus faturamentos com litígios** e que, em 2012, foram gastos somente com honorários advocatícios cerca de **R\$ 16,94 bilhões**, mais **R\$ 2,49 bilhões em custos de pessoal, sistemas e consultoria** para controle dos processos.

Trata-se, portanto, de quase 20 bilhões gastos em 2012 com custos diretamente relacionados às análises de riscos jurídicos.

Ora, num exercício que tome os honorários advocatícios como referência, se uma empresa detém a informação de que sua condenação é provável ou praticamente certa, com robusto fundamento estatístico e com base na resposta encontrada por algoritmos bem treinados, não há sentido em arcar com pagamentos milionários acrescidos de juros e correção, se existe a possibilidade de entabular um acordo que abata uma parcela de 10% ou 15% desse valor e dos honorários a serem pagos.

O mesmo vale para grupos de ações trabalhistas ou consumeristas em que deságios oriundos de acordos realizados em escala e com base em análises precisas do preço dos riscos envolvidos podem trazer economias na escala dos milhões.

A análise de Gico Júnior e Arake (2019) auxilia, novamente, a compreensão dessa dinâmica:

O resultado dessas estimativas individuais determinará, em larga medida, a disponibilidade de as partes realizarem acordos. Como em qualquer troca voluntária, há chance de acordo quando a proposta máxima de acordo aceita pelo réu exceder a proposta mínima aceitável pelo autor. O autor realizará um acordo quando o retorno esperado da ação for igual ou próximo do valor oferecido em proposta de acordo pelo réu, pressupondo-se a neutralidade ao risco. Já o réu realizará o acordo quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor está disposto a aceitar, também se afastando complicações relacionadas à aversão a risco. **Assume-se que o custo privado conjunto de litigar é superior ao custo privado conjunto de realizar um acordo. Em um cenário como esse, o acordo não ocorrerá apenas quando as estimativas das partes não coincidirem minimamente e, por isso, não houver um excedente cooperativo a ser dividido.** Em outras palavras, a lógica de um acordo é semelhante à lógica de uma troca voluntária (contrato): só ocorrerá se houver um excedente cooperativo a ser distribuído.
(grifos adotados)

Não só os potenciais acordos teriam repercussões, o não ajuizamento de ações cujo sucesso é improvável ou a não articulação de recursos inócuos, que demandam tempo e remuneração de profissionais, já teria um efeito financeiro robusto. Não há sentido, por exemplo, em remunerar um escritório renomado com honorários altíssimos para o acompanhamento de ações em que não há sequer uma chance remota de vitória.

Até mesmo pela perspectiva dos profissionais do direito o efeito é sensível, até que ponto vale a pena aceitar a remuneração pelo êxito? Em que situações é justificável um trabalho ostensivo e demandante nas cortes?

Há, também, questões relevantes relacionadas aos custos com pessoal, sistemas e consultoria.

O aumento dos custos com **sistemas** pode ser capaz de reduzir sensivelmente os custos com pessoal e consultoria, por exemplo. A escolha de métodos como a arbitragem em casos específicos pode elevar os custos com pessoal, mas diminuir substancialmente os custos com **honorários** ou a imprevisibilidade das controvérsias.

Como se vê, são amplas e perceptíveis as potenciais repercussões do aumento de precisão das análises de risco jurídicos.

Chega-se, então, à resposta conclusiva.

Tomado o objeto debatido, contingências passivas oriundas de ações judiciais, o impacto imediato seria da ordem dos bilhões com consequências diretas na dinâmica do mercado.

Os impactos não imediatos, indiretos ou não relacionados ao objeto escolhido são incomensuráveis.

Propor ou não uma ação, interpor ou não um recurso, firmar ou não um acordo, as decisões tomadas no âmbito jurídico estão em grande medida relacionadas a uma análise de risco bem feita. O bom exercício da profissão jurídica depende de estimativas precisas.

Um mundo do direito no qual o mercado e a academia são capazes de entregar a melhor análise de risco jurídico seria, por certo, muito diferente.

Até porque, como ensina Luhmann (2016), a própria razão de ser do direito pode ser descrita da seguinte forma:

Visto abstratamente, o direito tem a ver com os custos sociais da vinculação temporal de expectativas. Visto concretamente, trata-se da função de **estabilização de expectativas normativas pela regulação e suas generalizações temporais, objetivas e sociais**. O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação e quais não.
(grifos adotados)

Se a função do direito é a estabilização de expectativas normativas, tem papel central nessa dinâmica o conhecimento efetivo dos riscos envolvidos e das potenciais respostas que serão dadas por esse sistema àquele ou àquela que o acione.

Numa leitura que tome a segurança jurídica como norte, isso se torna bastante evidente, como fica claro pela leitura do excerto abaixo (NUNES, 2016):

Consistência e previsibilidade sempre foram ideais do Direito, expressos, inclusive nos princípios da segurança jurídica e da isonomia. **Saber de antemão que você receberá o mesmo tratamento que seu semelhante é uma medida do grau de civilidade de uma sociedade**. No entanto, por maiores que tenham sido os esforços teóricos e prático para sistematizar a ordem jurídica, as incertezas do Direito nunca foram extirpadas.
(grifos adotados)

E, ainda (NUNES, 2016):

A atribuição de uma probabilidade para cada possível resultado de um processo jurídico é a forma mais concreta, prática e palpável de se dar efetividade ao princípio da segurança jurídica e, com isso, realizar aquilo que a Jurimetria propõe como pedra fundamental: controlar a incerteza no Direito, uma vez que ela não pode ser extirpada.
(grifos adotados)

A perspectiva econômica oferece conclusão semelhante. Se o profissional do direito for enxergado como um gestor de **custos de oportunidade**, a análise de risco jurídico é propriamente a sua capacidade de mensurar e demonstrar esses custos.

É essa, portanto, a direção proposta: direito, estatística e tecnologia.

A figura do jurimetrista ideal propostos por Nunes (2016) nos auxilia a encerrar essa análise:

O jurimetrista ideal seria, portanto, um bacharel em Direito capaz de especular sobre o funcionamento da ordem jurídica e familiarizado com conceitos de Direito processual e material; um estatístico capaz de discutir o planejamento de uma pesquisa e conceber testes para suas hipóteses de trabalho; e um cientista da computação capaz de operar programas para minerar e coletar dados.

A melhor análise de risco jurídico que o direito pode oferecer por certo refletiria todas essas competências em seus resultados, familiaridade com o direito, estatística aplicada/testada com planejamento e uso de programas capazes de minerar e coletar dados.

Conclusão que não se distancia da conclusão de Kaplan (2011) no texto do qual foi extraído o excerto que deu início ao presente texto:

I hope you can now appreciate the many opportunities for productive scholarship during the next four or more decades of your academic career. **Risk measurement and management** is only one example of the many interesting and important issues being faced by accounting and finance professionals today. I am sure that the next four decades will contain as many new developments and challenges as the previous four have uncovered. I regret only that I cannot turn my own biological clock back 40 \leq years so I could join with you on the wonderful journey ahead. **While on this journey, work on important problems whose solutions will expand the common body of knowledge for the practice of accounting, finance, and management. Use research methods that help you understand the problems professionals face and attempt to develop innovative solutions that they can apply.** Teach your insights and solutions to your students, and share them widely with your global academic colleagues. Remain excited about the research and teaching opportunities in your chosen academic field. **Help to improve the world of professional practice.**⁴¹
(grifos adotados)

⁴¹ A versão traduzida da citação consta do **Anexo C** desse trabalho.

6. Considerações finais

A Crise de 2008 enquanto um dos eventos mais relevantes da história recente suscitou uma série de debates sobre suas causas e suas profundas consequências. Robert S. Kaplan referencia esse acontecimento para debater a construção de conhecimento no meio da contabilidade e apontar oportunidades para a produção acadêmica nessa área (KAPLAN, 2011).

Um dos focos do artigo de Kaplan é justamente a gestão de riscos, matéria diretamente relacionada com a sucessão de eventos havida em 2008. O mau dimensionamento dos riscos associados aos ativos imobiliários no mercado estadunidense levou a economia do país ao colapso e esta, por sua vez, carregou consigo as demais economias do mundo.

Este trabalho valeu-se de um dos questionamentos colocados por Kaplan, adaptado para a realidade brasileira e para o mercado jurídico, e endereçou a seguinte pergunta: após décadas de pesquisa acadêmica qual é o melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos?

Com vistas a subsidiar a busca pela resposta ao questionamento endereçado, fez-se necessário delimitar o conceito de **risco jurídico**, por ser esse aquele que interessa ao campo do direito. A partir das referências encontradas, essa delimitação resultou em uma definição de risco jurídico que pode ser sintetizada da seguinte forma: uma incerteza mensurável e inerente ao sistema jurídico.

Tomada essa definição, viu-se que o risco jurídico pode ter o seu preço calculado, ainda que não exista certeza quanto a sua efetiva ocorrência e quanto a extensão de seu impacto. Viu-se, ainda, que tanto a mensuração das incertezas quanto o consequente cálculo do preço do risco jurídico estão diretamente associados a realização de estimativas.

A análise de risco jurídico, portanto, nada mais seria que a realização de estimativas capazes de mensurar fidedignamente as incertezas inerentes ao sistema jurídico e estimar com precisão os preços a elas associados.

Ocorre que as estimativas em questão carregam consigo uma margem de erro, um reflexo intrínseco das incertezas, que repercute inclusive no cálculo do preço do risco jurídico avaliado. Em outras palavras, a existência de uma margem de erro é inerente a análise de um risco jurídico.

A partir do conceito encontrado e das considerações conectadas a ele, a questão inicial se desdobrou em outras três.

Num primeiro momento buscou-se definir como é realizada a análise de um risco jurídico. Em seguida, se quis descobrir se é possível diminuir a margem de erro dessa análise e, por fim, tomada uma resposta afirmativa, qual seria o impacto dessa diminuição.

A ideia foi a de que a resposta a esses questionamentos permitiria o aprofundamento do debate sobre a capacidade do direito de analisar riscos.

A amplitude do campo, entretanto, exigiu fosse escolhido um objeto para guiar a análise procedida: **a contingência passiva oriunda de ações judiciais**, aquela que consta das demonstrações financeiras das companhias brasileiras.

A especificidade do objeto em questão, contudo, atraiu uma série de esclarecimentos.

De início, o conceito de **contingência** foi abordado. Contingência nada mais é do que o risco, de forma geral, observado pela perspectiva contábil, o que inclui o risco jurídico.

A escolha pela contingência **passiva** decorreu da importante repercussão econômica e prática associada às contingências dessa natureza: a expectativa de desembolso.

Já a escolha por aquelas contingências passivas **oriundas de ações judiciais** se justifica porque sobressaem em sua avaliação os fundamentos jurídicos.

Delimitado e justificado o objeto escolhido, seguiu-se ao esclarecimento do contexto normativo em que ele se insere, como foco no CPC 25 – norma contábil que trata das contingências no Brasil.

A norma em questão oferece os parâmetros que orientam a análise de risco jurídico associada as contingências passivas das empresas no país. Um bom exemplo de parâmetro fixado por essa norma é a classificação aplicável aos riscos avaliados, resumida pelo trinômio provável, possível e remoto.

Uma vez conhecidos o contexto normativo e os parâmetros que subsidiam a análise das contingências, partiu-se para a efetiva demonstração de como é feita a análise de um risco jurídico, com vistas a responder o primeiro questionamento elencado.

Verificou-se, então, que as companhias recorrem, via de regra, a um especialista, usualmente o advogado responsável pela ação que será avaliada. Esse especialista, por sua vez, se debruça sobre os autos e a partir de seus conhecimentos classifica o risco jurídico envolvido (provável, possível e remoto) e estima o potencial impacto financeiro.

Faz isso com base em parâmetros gerais, sem a utilização de ferramentas específicas ou de algum tipo rigor metodológico e a partir de particularidades como sua formação, sua experiência, suas percepções e suas opiniões, que incidem sobre a jurisprudência, a doutrina e a “opinião da comunidade jurídica”.

A informação é então repassada aos responsáveis pela elaboração dos balanços da companhia. Esses profissionais consolidam as centenas ou milhares de análises de risco das ações e materializam a exposição a risco da empresa em seus balanços como passivos contingentes ou provisões, a depender da opinião do especialista consultado. O procedimento se repete periodicamente.

A forma pela qual é realizada a análise de um risco jurídico foi, portanto, esclarecida. Surgiu, porém, uma questão paralela: qual seria a repercussão prática dessa análise?

Dada a pertinência da pergunta para o desenvolvimento do trabalho, buscou-se exemplificar tais repercussões.

Foram descritos casos específicos e complexos em que a repercussão financeira da alteração dos prognósticos decorrentes das análises de risco jurídico alcançou a casa dos bilhões. Debateu-se também como a análise conjunta de centenas ou milhares de ações de complexidade inferior tem um efeito prático relevante. Isso porque, são essas ações em conjunto que elevam os passivos contingentes e provisões de diversas empresas brasileiras à casa dos bilhões.

Os exemplos citados demonstraram, em resumo, que a análise de risco jurídico influencia de maneira direta e importante a dinâmica do mercado e a decisão dos gestores e dos *stakeholders* das empresas.

Foram debatidas também outras repercussões importantes como o papel das contingências nas combinações de negócios, como fusões e aquisições, e na análise da situação das empresas, seja para antever um potencial pedido de recuperação judicial ou falência, seja para averiguar a capacidade de acesso a crédito de uma companhia.

Para além dos exemplos mercadológicos, abordou-se como a análise de risco exerce um papel no meio jurídico propriamente dito. Isto é, na própria escolha de litigar ou do método de resolução que será utilizado para determinado conflito. Até mesmo opções processuais inseridas no dia a dia do advogado relacionam-se diretamente com a análise de risco realizada.

Evidenciou-se, em síntese, que a análise de risco jurídico tem extrema importância prática.

Remanesceu, então, o debate quanto a margem de erro inerente a essa análise. Iniciado com o questionamento quanto à possibilidade de que essa margem seja reduzida.

A partir da produção acadêmica de outros autores, a resposta encontrada foi a de que não seria possível diminuir essa margem de erro ou, no limite, de que seria possível diminuí-la um pouco. Isto com base na premissa de que a análise de risco do advogado ou a opinião do especialista seria o melhor mecanismo disponível.

As sugestões capazes de causar essa diminuição confundem-se em grande medida com a adoção de medidas que garantam uma boa governança corporativa, vide o trabalho de Bifano (2015) e Filho e Gonzales (2016).

Ribero (2016) segue, em alguma medida, a mesma linha. Seja por adotar a premissa mencionada, seja por sugerir aperfeiçoamentos conectados com a governança corporativa, mas vai além. Sugere o uso de métodos e técnicas oriundos de outros campos do conhecimento e chega a tocar aquilo que seria o início de um processo ou metodologia próprio para a realização da análise de riscos no direito.

As sugestões desses autores são recepcionadas pelo presente trabalho, que reconhece a importância do incremento da governança corporativa e vê a adoção de soluções nos moldes das sugeridas por Ribeiro (2016), como o intercâmbio de conhecimento com outras áreas e o uso de técnicas já reconhecidas, como um grande avanço.

A resposta conclusiva quanto à possibilidade de diminuição da margem de erro das análises de risco jurídico encontrada aqui, entretanto, é mais contundente.

Acredita-se firmemente ser possível aumentar substancialmente a precisão das análises de risco realizadas no âmbito jurídico.

Essa resposta tem como fundamento a clara possibilidade de que sejam empregados em conjunto a estatística, a tecnologia e o direito a fim de que se alcancem análises de risco mais precisas. Sugestão que toma por base, além da premissa Juseconômica, que orienta o trabalho como um todo, os estudos do campo da Jurimetria.

A ideia é a de que, a partir da gigantesca base de dados de processos disponíveis no país, seria possível aplicar conhecimentos estatísticos orientados pelo *know how* jurídico para construir algoritmos e sistemas capazes de calcular com maior precisão as probabilidades envolvidas nos processos judiciais e análogos, bem como os custos associados.

Em outras palavras, a aplicação de técnicas e ferramentas como análise de sentimentos, mineração de dados, inteligência artificial e *big data* com a finalidade de analisar riscos jurídicos. O trabalho cita inclusive iniciativas que se dedicam a realizar esses objetivos ou objetivos similares.

Por fim, com vistas responder o questionamento quanto ao impacto da diminuição da margem de erro da análise de risco jurídico, são expostos seus potenciais efeitos no mercado e no meio jurídico. A partir de algumas hipóteses e digressões, percebe-se que uma diferença, ainda que pequena, na precisão da realização dessa tarefa teria repercussões imensas.

De início, cita-se a consequência associada ao objeto que orientou a análise, qual seja o incremento da confiabilidade das demonstrações contábeis naquilo que depende da análise de risco jurídico. Haveria, conseqüentemente, repercussões sensíveis na dinâmica do mercado, nas escolhas de gestores e *stakeholders*. Situações que perpassam a tomada de crédito, a captação de investimentos e a realização de operações como fusões e aquisições, além de diversos outros tipos de negócios.

Reforça-se o fato de que o impacto potencial dessas melhoras seria bilionário e poder-se-ia evitar a assunção de robustos riscos desconhecidos pelos atores do mercado. Até mesmo a chance de que grandes crises ligadas ao mau dimensionamento de riscos se desvelem poderia ser diminuída, caso o raciocínio proposto seja levado ao seu limite, tendo a Crise de 2008 em mente.

Além disso, como indicam Filho e Cleoman (2016) e Ribeiro (2016) a precisão dessa análise repercutiria diretamente nos custos e no lucro das empresas.

Os gastos milionários com litígio e honorários, além dos pagamentos vinculados a manutenção do pessoal, das consultorias e dos sistemas associados, poderiam sofrer profundas mudanças. Seja pela pura diminuição do montante despendido, seja pela melhor distribuição/alocação desses recursos.

Um outro efeito potencial seria a remodelagem do dia a dia dos profissionais do direito, pautado pela tomada de decisão a partir de estimativas bem feitas.

Conclui-se então que sim, é possível diminuir a margem de erro da análise de risco jurídico, e, mais do que isso, que as repercussões desse aumento da capacidade do direito de avaliar riscos seriam sensíveis e importantes.

O melhor que o direito pode oferecer ao quantificar e demonstrar riscos é, portanto, uma combinação de estatística e tecnologia orientada pelo conhecimento jurídico.

Esse melhor se coaduna com a conclusão do próprio Kaplan (2011), autor do questionamento que serviu de guia para o presente texto, e também com a razão de ser do próprio direito, descrito por Luhmann (2016). Uma solução inovadora que expande o conhecimento jurídico e ataca um problema do dia a dia dos profissionais, vocacionada a melhorar a prática do direito e a propiciar uma maior estabilização das expectativas normativas na sociedade.

Esgotadas as respostas encontradas, surgem novas perguntas a serem respondidas e hipóteses a serem testadas.

Existe, por exemplo, a possibilidade de que a precisão das análises de risco jurídico realizada pelas empresas no Brasil seja testada empiricamente pela avaliação das milhares de planilhas de contingências e similares utilizadas diariamente pelos profissionais envolvidos nessas tarefas para construir as contingências passivas oriundas de ações judiciais.

Seria possível aferir, por exemplo, se existe algum grau de predição nas análises realizadas ou se elas simplesmente acompanham o desenvolvimento dos processos, variando no trinômio remoto, possível e provável sempre que uma nova decisão é proferida.

Há também a possibilidade de que a solução sugerida seja testada com modelos mais simples, em outras palavras, que sejam criados mínimos produtos viáveis (MVP's) voltados para a análise de riscos jurídicos.

Poder-se-ia comparar o grau de precisão de análises estatísticas mais simples, que recaiam sobre amostras menores, com o da análise dos próprios advogados responsáveis pelas causas, ou, ainda, construir algoritmos e sistemas menos complexos, que observem poucas variáveis ou se debrucem sobre uma questão específica, para que se possa compreender como é possível realizar essa tarefa, o grau de dificuldade envolvido e se os efeitos práticos ventilados nesse trabalho já seriam perceptíveis em menor escala.

Como se vê, trata-se de um campo a ser explorado, que conta com múltiplas oportunidades e desafios. O presente trabalho é só um primeiro passo.

Espera-se, de qualquer forma, que ele tenha contribuído para que o direito dê passos na direção daquilo que é o melhor que ele pode entregar em termos de análise de risco, ainda que tão somente por chamar a atenção para a importância dessa tarefa.

Epílogo

Se o prólogo desse texto se vale de temas “*mainstream*”, seu encerramento não poderia ser diferente.

A Crise de 2008, entretanto, será substituída pela NBA.

Aquele que acompanhasse um jogo da liga norte americana de basquete pela TV nos anos 90 assistiria um jogo substancialmente diferente daquele que é praticado hoje. Alguns dos melhores jogos que ocorreram naquela década contaram com Michael Jordan⁴² driblando os adversários e acertando arremessos de meia distância ou, ainda, com embates dentro do garrafão entre os grandes pivôs⁴³ que dominavam a liga naquela época.

Aquele que acompanhou os melhores jogos dessa última década em uma plataforma de streaming provavelmente assistiu Stephen Curry⁴⁴ ou James Harden⁴⁵ acertando arremessos de três pontos.

Como narra Young (2019) em artigo publicado pela Forbes, a liga passou por uma verdadeira revolução das bolas de três pontos. A história é detalhada por Kram (2019) que destaca o fato de que na primeira final da NBA com a presença da linha de três pontos, 79/80, os Los Angeles Lakers e os Philadelphia 76ers combinados fizeram uma única bola de três em 6 jogos. Já nas finais de 16/17 foram 87 acertos dos Golden State Warriors e dos Cleveland Cavaliers em 4 jogos.

A justificativa: estatísticas e análises.

A mudança pode ser entendida por meio do exemplo abaixo.

Se você tem um único arremesso a sua disposição, faz mais sentido tentar uma bola de meia distância do que uma bola de três, afinal você está mais perto.

Considerado o aproveitamento de Michael Jordan na temporada 95/96, a chance de acerto seria de 50,6% para a bola de meia distância. Considerado o aproveitamento de Stephen Curry na temporada de 15/16, a chance de acerto da bola de três pontos seria de 45,4%. Haveria, portanto, uma vantagem de 5,2% para aquele que optasse pelo arremesso de meia distância com o objetivo de conseguir uma cesta.

⁴² https://www.youtube.com/watch?v=e-d_6LiQyKY

⁴³ <https://www.youtube.com/watch?v=M3LzFcpdSo>

⁴⁴ <https://www.youtube.com/watch?v=GEMVGHoenXM>

⁴⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=SZvQxBJ-8u0>

Suponha-se, porém, que agora que você tem 20 arremessos à sua disposição.

Jordan continuará como o representante das bolas de meia distância com 50,6% de aproveitamento, mas agora Leandrinho, grande jogador brasileiro e companheiro de Stephen Curry na temporada 15/16, enfrentará o ídolo do Chicago Bulls com seu aproveitamento de 35,5%. Jordan agora tem uma vantagem de 15,1% de aproveitamento praticamente o triplo do que tinha antes.

Pois bem, com 50,6% de 20 arremessos, o norte americano acertou 10 arremessos. Já o brasileiro, com 35,5%, acertou 7 dos 20 que tentou.

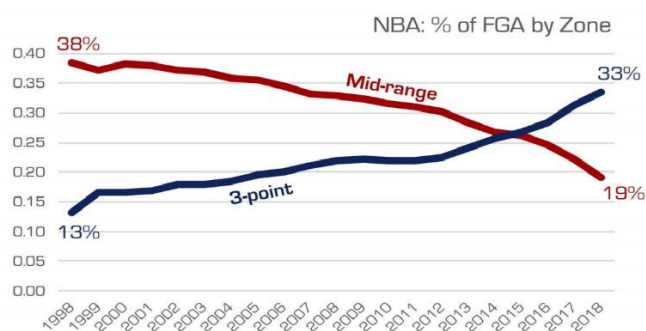
Jordan ganhou, certo? Errado. Como cada arremesso de meia distância vale 2 pontos e os arremessos tentados por Leandrinho valiam 3, o placar ficou 21 (7x3) para o Brasil e 20 (10x2) para os EUA, uma vitória apertada. Se Curry tivesse sido mantido na disputa, com seus 45,4% de aproveitamento o placar seria 27 x 20 para as bolas de três.

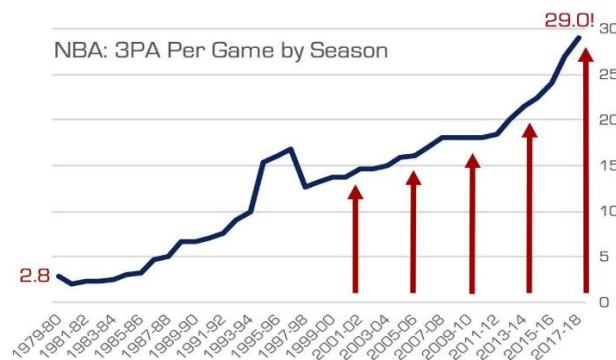
Isso explica a principal diferença entre os times que alcançaram as melhores campanhas da história da NBA: o Bulls de Jordan em 95/96 e o Warriors de Curry, e Leandrinho, em 15/16, 20 anos depois.

O time de Chicago foi vitorioso em 72 dos 82 jogos da temporada 95/96, apenas 10 derrotas. O time da Califórnia venceu 73 dos 82 jogos da temporada 15/16, apenas 9 derrotas, e quebrou o recorde da história da liga.

O melhor Bulls da história tentou 1.349 bolas de três e acertou 544 em 95/96. Já o melhor Warriors tentou 2.592 bolas de três e acertou 1.077 em 15/16, praticamente o dobro. A mudança, entretanto, não esteve restrita aos melhores times.

Enquanto na temporada 19/20, 26 dos 30 times da NBA tentaram pelo menos 30 bolas de três por jogo, liderados pelo Houston Rockets de Harden com 44.2 tentativas por partida, na temporada 03/04 só um time passou das 20 tentativas por jogo, o Oklahoma City Thunder com 23.6 bolas de três por partida. Os gráficos abaixo também retratam essa realidade (SHEA, 2018):





Estatística e tecnologia mudaram profundamente um jogo que por 60 anos foi concebido de uma certa forma e a melhor estratégia só foi efetivamente notada e aproveitada mais de 30 anos após a introdução da linha três na liga norte americana.

O basquete aqui pode ser utilizado como uma metáfora para o direito. Empresas e escritórios podem estar tentando bolas de meia distância nos Tribunais quando deveriam estar arremessando bolas de três, pela simples ilusão de que a melhor opção é aquela que dá mais certo no curto prazo.

Mais do que isso, podem estar gastando uma fortuna com aquele advogado que ganhou uma causa difícilíssima em 95/96, com uma estratégia que lembraria os arremessos do Michael Jordan, enquanto deveriam estar procurando um profissional com um estilo inovador como o de Stephen Curry em 15/16 ou, até mesmo, similar a um Leandrinho que te cobraria bem menos, mas te entregaria o arremesso que você precisa.

A intenção aqui não é dizer que os advogados antigos, que já foram como um Michael Jordan, estariam ultrapassados ou que todo advogado mais novo é um Stephen Curry, é bem provável que não, mas demonstrar que, talvez, exista um direito completamente diferente e mais eficiente que pode ser revelado com o uso de **estatística e tecnologia**, assim como existe um jogo de basquete remodelado.

No fim das contas, os melhores aprendem a jogar o jogo, independentemente da geração, LeBron James⁴⁶ é a prova viva disso.

A análise de risco jurídico, entendida como a realização de estimativas capazes de mensurar fidedignamente as incertezas inerentes ao sistema jurídico e estimar com precisão os preços a elas associado, é justamente o caminho a ser trilhado para que o real valor agregado pelo direito e pelos profissionais da área possa ser identificado.

⁴⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=fqLx21A5Gpo> e <https://www.youtube.com/watch?v=kuj-1v4DNwI>

Mantida a metáfora, conhecer a verdadeira chance de que determinada decisão seja prolatada é como saber o arremesso certo a ser dado. Conhecer o índice de êxito de um advogado é como saber se ele é um bom arremessador. Saber se há padrões nas decisões dos Tribunais equivale a avaliar se as regras do jogo são justas e estão sendo seguidas.

Se até os esportes já fazem uso dessas ferramentas, porque não o direito?

A impressão final desse trabalho, assim como em seu prólogo, será sintetizada por uma frase de um filme. O contexto esportivo norte americano será mantido, em que pese a escolha por outra modalidade. A primeira passagem do filme *“Moneyball”*, que conta uma história de aplicação de tecnologia e estatística para a montagem de um time de baseball, diz o seguinte:

It's unbelievable how much you don't know about the game you've been playing all your life.⁴⁷
Mickey Mantle
(O HOMEM..., 2011)

Talvez seja igualmente inacreditável o quanto você não sabe sobre aquilo que praticou a vida toda.

⁴⁷ *“É inacreditável o quanto você não sabe sobre o jogo que você tem jogado por toda a sua vida”*
(O HOMEM..., 2011, tradução do Autor).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES, Miguel Teixeira Jacobina. **A técnica de Análise de Sentimentos aplicada às certidões de julgamento do Supremo Tribunal Federal**. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2019, p. 27.

ALBUQUERQUE, Diane; FARIA, José César de. **O Reconhecimento da Contingência nas Demonstrações Contábeis: Provisão x Reserva**. IX Encontro Latino Americano de Pós-Graduação – Universidade do Vale do Paraíba, 2009, pp. 1-3.

A GRANDE aposta. Direção de Adam McKay. Paramount Pictures, 2015 (130 min.). Título original: The Big Short.

BIFANO, Elidie Palma. Os critérios de avaliação de risco em matéria tributária e o empresário diligente. **Revista Atualidades Tributária, trabalhista, previdenciária e comércio exterior**, v. 24, p. 97-111 (98, 105 e 109), 2015.

BRASIL. **Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. [S. l.], 9 dez. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6385.htm . Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

_____. **Lei n. 9.307/96 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. [S. l.], 23 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm . Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

_____. **Lei n. 11.638 de 28 de dezembro de 2007**. Altera e revoga dispositivos da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. [S. l.], 28 dez. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11638.htm . Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

_____. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.. [S. l.], 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm . Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

CARD, AJ. **The problem with ‘5 whys’**. BMJ Qual Saf., 26, pp. 671–677, 2017. Disponível em: <https://qualitysafety.bmj.com/content/qhc/26/8/671.full.pdf> . Acesso em 05/03/2020.

CIERCO, Agliberto Alves [et. al.]. **Gestão de projetos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015, pp. 100-101.

CNJ. **Sumário Executivo Justiça em Números**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf> Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

_____. **Justiça em Números 2019**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019b. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **DELIBERAÇÃO CVM 594**. Aprova o Pronunciamento Técnico CPC 25 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata de provisões, passivos contingentes e ativos contingentes. Revoga a Deliberação 489/05, a partir de dezembro de 2010. [S. l.], 16 set. 2009. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/deli0500/deli594.html> . Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

_____. **DELIBERAÇÃO CVM 552**. Altera e acrescenta dispositivos à Instrução 480/09 e altera dispositivos das Instruções 358/02 e 481/09. [S. l.], 13 out. 214. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst552.html> . Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. **PRONUNCIAMENTO TÉCNICO CPC 25**. Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes: Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IAS 37 [S. l.], 16 set. 2009. Disponível em: <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=56>

_____. **PRONUNCIAMENTO TÉCNICO CPC 15 (R1)**. Combinação de Negócios: Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IFRS 3 (IASB – BV 2011) [S. l.], 4 ago. 2011. Disponível em: <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=46>

COSTA, Eduardo Balduino Da. **Passivos Contingentes na Bolsa de Valores de Nova York: Uma Análise Comparativa entre as Empresas Estrangeiras**. *Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis)*. Florianópolis, SC, 2013, pp. 24, 26, 29, 38, 40 e 74.

DALKEY, Norman C. **The Delphi Method: An Experimental Study of Group Opinion**. 1969.

DASO, Frederick. **ArbiLex, A Harvard Law School Legal Tech Startup, Uses AI To Settle Arbitrations.** Forbes, 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/frederickdaso/2020/02/04/arbilex-a-harvard-law-school-legal-tech-startup-uses-ai-to-settle-arbitrations/#4a25fd0c52c5> . Acesso em: 03/03/2020.

FILHO, Cleoman Fernandes; GONZALES, Ewerton Zeydir. Análise de risco jurídico e sua relevância para a sedimentação de uma governança corporativa sólida no âmbito das instituições financeiras. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, v. 72, 2016, pp. 1, 2, 5, 6, 8 e 9.

FRAGALHE FILHO, Roberto; VERONESE; Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. **Revista Brasileira de Pós-Graduação**, v. 1, n. 2, p. 53-70, nov. 2004.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. De Graça, até Injeção na Testa: Análise Juseconômica da Gratuidade de Justiça. **Economic Analysis of Law Review**, v. 5, n. 1, pp. 166-178 (168), 2014.

_____. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, e31820, 2019. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31820> Acesso em: 05.02.2020. doi: <https://dx.doi.org/10.5902/1981369431820>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações.** São Paulo: Saraiva Educação, 16. ed., 2019.

ITAÚ UNIBANCO HOLDING S.A.. **Demonstrações Contábeis, Completas em IFRS.** 31 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.italy.com.br/relacoes-com-investidores/Download.aspx?Arquivo=31GRhXOaSciUjUMSodxgaw==> . Acesso em: 26.02.2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa.** Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 4.ed., São Paulo, SP: IBGC, 2009, 73p (54).

KAPLAN, Robert Samuel. Accounting scholarship that advances professional knowledge and practice. **The Accounting Review**, v. 86, n. 2, pp. 367-383 (374 e 382), 2011.

KRAM, Zach. **The 3-Point Boom Is Far From Over.** THE RINGER, 2019. Disponível em: <https://www.theringer.com/nba/2019/2/27/18240583/3-point-boom-nba-daryl-morey> . Acesso em: 13/03/2020.

LACERDA, João Felipe Aranha. **Antitrust in the Data-Driven Economy: Impacts Of Big Data and Algorithms on Traditional Antitrust Analysis in Brazil**. Trabalho de Conclusão do Curso Direito da Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2017, p.28.

LIKERT, Rensis. A Technique for the measurement of attitudes. **Archives of psychology**, n. 140, pp. 5 – 55, R.S. Woodworth, New York, 1932.

LINS E HORTA, Ricardo de; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em Direito no Brasil: o caso do projeto pensando o direito. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 1, n. 2, jul 2014, p. 162-183.

MARCELINO, Daniel; ZAMBELI, Fábio; HELFSTEIN, Lucas. **JOTA lança Aprovômetro de projetos legislativos: Ferramenta de machine learning é capaz de inferir a probabilidade de aprovação de qualquer projeto no Congresso**. JOTA, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/dados/jota-lanca-aprovometro-de-projetos-legislativos-10092019> . Acesso em: 05/03/2020.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **PJe chega ao segundo maior tribunal de Justiça do país**. Agência CNJ de Notícias, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pje-chega-ao-segundo-maior-tribunal-de-justica-do-pais/> . Acesso em: 05/03/2020.

MORAIS, Guilherme Ramos de. **Inteligência Artificial aplicada ao Direito: Análise de Sentimento em julgamentos de mandados de segurança no Supremo Tribunal Federal**. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2019.

MOURA, Renilda de Almeida. **Princípios Contábeis aplicados à Contabilidade Governamental: uma abordagem comparativa Brasil – Estados Unidos**. Dissertação (*Mestrado em Ciências Contábeis*), Brasília, DF, 2003, 112 p. (69). Disponível em: http://www.ppgcont.unb.br/images/PPGCCMULTI/mest_dissert_014.pdf Acesso em 16/01/2020.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 84, 109, 112, 115, 144 e 149.

NOBRE, Marcos. **Apontamentos sobre a pesquisa em direito no brasil**. Novos estudos CEBRAP, n. 66, jul 2003, pp. 145-154.

O HOMEM que mudou o jogo. Direção de Bennet Miller. Columbia Pictures, 2011 (133 min.). Título original: Moneyball.

OHNO, Taiichi. **O sistema Toyota de Produção: além da produção em larga escala**. São Paulo, Bookman, 1997.

PAIXÃO, Ricardo Fernandes. COSTA, Henrique Araújo. **Dados em Direito ou como dar nomes aos bois: Um ranking dos advogados privados que mais venceram HCs no Supremo**. JOTA, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/carreira/dados-em-direito-ou-como-dar-nomes-aos-bois-3010201720> . Acesso em: 01/03/2020.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 160.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 124 e 125.

PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE. Um guia do conhecimento em gerenciamento de projetos: guias **PMBOK®**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 327.

RIBEIRO, Ivan César. Risco Legal, Judicial e Jurisdicional: Proposta para um Índice Estadual de Risco do Judiciário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 39, pp. 257-274 (260), 2008.

RIBEIRO, Rodrigo Bernardes. **Uma Análise sobre as Dificuldades de Avaliar Incertezas e Riscos Jurídico-Tributários e seus Impactos Contábeis e Práticos**. *Dissertação (Mestrado em Direito)*, São Paulo, SP, 2016, pp. 12, 13, 39, 44, 46, 55, 56, 57 58, 62, 63, 71, 73, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 95, 96 e 108.

SHEA, Stephen. **THE 3-POINT REVOLUTION**. SHOTTRACKER, 2018. Disponível em: <https://shottracker.com/articles/the-3-point-revolution> . Acesso em: 13/03/2020.

TERRANOVA. **Dados, estratégia e ação: Aumente suas chances de êxito e reduza seus custos jurídicos. Reunimos o time com mais experiência em jurimetria aplicada no Brasil**, 2019. Disponível em: <https://trnv.com.br/> . Acesso em: 03/03/2020.

VALE S.A.. **Fato Relevante: Vale adere a acordo de refinanciamento para pagamento de imposto de renda**. 27 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www2.bmfbovespa.com.br/empresas/consbov/ArquivoComCabecalho.asp?motivo=&protocolo=402301&funcao=visualizar&site=B> . Acesso em: 05/03/2020.

VALE tem lucro de R\$ 115 milhões em 2013; é 98,8% menor que em 2012. **G1**, São Paulo, 26 de fev. de 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/02/vale-tem-prejuizo-de-r-258-milhoes-em-2013.html>. Acesso em: 05/03/2020.

VON KNOBLAUCH, Sizabelle Cocco Alves. **Um estudo acerca da evidenciação das contingências nas maiores empresas de capital aberto do Brasil**. Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Contábeis da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, 2010, pp. 13, 21, 30, 31, 52 e 53.

YOUNG, Shane. **The NBA's 3-Point Revolution Continues To Take Over**. FORBES, 2019. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/shaneyoung/2019/11/30/the-nbas-three-point-revolution-continues-to-take-over/#742262756b81> . Acesso em: 13/03/2020.

ANEXO A

Encontrei recentemente a seguinte evidenciação de riscos na demonstração financeira de uma companhia:

“Caso sobrevenham mudanças nas condições de mercado, como taxas de juros ou câmbio, capital próprio, renda fixa, commodities ou avaliações imobiliárias, liquidez, disponibilidade de crédito ou volatilidade, nosso negócio poderia ser afetado negativamente de várias formas... Novas quedas nas avaliações imobiliárias nos Estados Unidos e a continuidade dos problemas de liquidez e de crédito podem reduzir nosso nível de origem de empréstimos e aumentar nosso estoque de hipotecas, afetando negativamente o seu valor” (ênfase adicionada).

Isso soa como a exposição ao risco de uma grande instituição financeira que iria abrir concordata menos de dois meses após ter publicado essas demonstrações financeiras? No entanto, esta foi a “divulgação de risco” do Lehman Brothers no segundo trimestre de 2008, uma instituição financeira nascida em 1850. O Lehman sobreviveu à Guerra Civil dos Estados Unidos, à Primeira Guerra Mundial, à Grande Depressão da década de trinta e à Segunda Guerra Mundial. Construiu seu capital durante a expansão econômica pós-Segunda Guerra e de alguma forma faliu depois de um declínio de 5% nos preços imobiliários dos Estados Unidos. **Após mais de quarenta anos de pesquisa acadêmica sobre mercado de capitais e economia financeira, a divulgação das demonstrações financeiras do Lehman é o melhor que podemos oferecer ao quantificar e demonstrar a exposição ao risco de uma empresa? Espero que não.** (KAPLAN (2011) apud COSTA (2013), tradução com ajustes do Autor, grifos aditados)⁴⁸

⁴⁸ O excerto consta da obra de Kaplan (2011) e foi traduzido por Costa (2013). A tradução de Costa, por sua vez, foi objeto de alguns ajustes realizados pelo Autor do presente texto.

ANEXO B

Em setores específicos, algoritmos e *machine learning* têm aplicações diferentes. No **setor da saúde** é possível mencionar o uso de algoritmos para detectar câncer, o uso de algoritmos com *machine learning* para quantificar a severidade da osteoartrite nos joelhos a partir de exames de raio-x e o uso de deep learning na fase pré-natal.

Outro setor que confia de forma significativa nos algoritmos e no *machine learning* é o **setor financeiro**. Os atores do mercado financeiro têm crescentemente adotado estratégias algorítmicas para operar, com o uso da tecnologia de *machine learning*. Algoritmos com o aprendizado de máquina são melhores que humanos para reagir rapidamente aos eventos do mercado. O “*algorithmic trading*”, de acordo com uma reportagem, “**é responsável por quase 70% das operações feitas em Wall Street**”.

(LACERDA, 2017, tradução do Autor, grifos aditados)

ANEXO C

Espero que vocês possam apreciar pelas próximas quatro ou mais décadas de suas carreiras as múltiplas oportunidades de produção acadêmica. **Análise e gestão de riscos** é apenas um exemplo das diversas interessantes e importantes questões enfrentadas pelos profissionais dos campos da contabilidade e das finanças nos dias de hoje. Eu tenho certeza que as próximas quatro décadas terão tantos novos desafios e avanços quanto os que surgiram nas quatro últimas. Lamento que eu não possa voltar meu relógio biológico 40 anos para que eu possa me unir a vocês nessa maravilhosa jornada que vem pela frente. **Enquanto estiverem nessa jornada, trabalhem em problemas importantes, cujas soluções irão expandir o corpo de conhecimento da prática da contabilidade, das finanças e da gestão. Usem métodos de pesquisa que ajudem a entender os problemas que os profissionais enfrentam e tentem desenvolver soluções inovadoras que possam ser usadas por eles.** Ensinem seus *insights* e soluções para seus alunos, e os compartilhe largamente com seus colegas de academia ao redor do globo. Continuem motivados com as oportunidades de pesquisar e de ensinar no seu campo de estudo. **Ajudem a incrementar a prática profissional.**

(Kaplan, 2011, tradução do Autor, grifos aditados)